

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: IMPORTÂNCIA E NECESSIDADE DE SUA REABILITAÇÃO

ADROALDO FURTADO FABRÍCIO

Doutor, Livre-Docente e Professor Titular na UFRGS –
Desembargador (aposentado) e ex-Presidente do TJ-RS – Advogado

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O incidente ou recurso de declaração. 3. Embargos declaratórios e princípio da unirecorribilidade. 4. Eventual efeito infringente. 5. Embargos e “pré-questionamento”. 6. Julgamento “com surpresa para as partes”. 7. “Pré-questionamento implícito” e embargos de declaração. 8. Persistência da omissão após embargos e recorribilidade excepcional. 9. Juízos de admissibilidade e de mérito nos aclaratórios. 10. Interrupção de prazos e sanções pelo abuso. 11. Embargos da decisão dos embargos. 12. A preconceituosa resistência judicial aos embargos. 13. A importância do remédio e a necessidade de sua reabilitação.

1. Procedendo e julgando, no exercício específico de suas múltiplas atribuições, os juízes acertam e erram; fazem boa ou má aplicação do Direito; esmeram-se, uns mais, outros menos, na busca incessante do justo, mas ainda os mais dedicados e preparados incorrem inevitavelmente em errônea reconstrução dos fatos ou em inexactidões na identificação e interpretação dos textos legais incidentes. A antiquíssima instituição dos meios de impugnação aos julgados, variáveis ao infinito na quantidade, extensão e efeitos, inspira-se basicamente na esperança de que os mecanismos de revisão das decisões judiciais por outros organismos judicantes (ou, excepcionalmente, pelos mesmos) possam assegurar resultados menos imperfeitos na realização da Justiça – tarefa que, tendo-a monopolizado o Poder Público, assumiu o compromisso de realizá-la tão boa quanto possível.

Na verdade, garantia alguma pode haver de que a nova decisão, emanada do órgão que por último decidiu, seja mais “justa” do que a impugnada e eventualmente substituída por outra de diverso conteúdo.¹ Nem há razão para supor-se que seja sempre de melhor qualidade técnica.² Espera-se, contudo, que a simples existência de um sistema recursal, de um lado, amenize a natural inconformidade do vencido e, de outra banda, imponha ao juiz originário maior vigilância sobre a qualidade de seu trabalho e mais viva consciência de sua responsabilidade, pela constante certeza de que seus julgados acham-se sujeitos a um segundo exame, ainda que eventual, por outro ou por outros juízes. A inexistência de controle e, mais do que ela, a consciência dessa realidade afrouxaria a vigilância e estimularia a irresponsabilidade e o desleixo. “Desde esta perspectiva, la posibilidad de impugnación constituye la mejor garantía para las partes e para el propio juez. *La impugnación es un medio de neutralización de los juicios de valor del órgano jurisdiccional, sirve para que el juez reflexione sobre su propio juicio y controle a la vez la motivación de su decisión.*”³

Qualquer sistema de revisão de julgados assenta sobre a atuação da parte vencida e inconformada. Recurso é, conceitualmente, manifestação de inconformidade do litigante malsucedido. Ainda que o interesse no aprimoramento das decisões (que dos recursos se diz esperar) seja eminentemente público, serve-se o Direito, como em tantos outros casos, de uma espécie de armadilha: parasita o interesse privado – no caso, o da parte sucumbente – para alcançar a proteção do interesse público, atuando o particular, então, como agente de um interesse público reflexo, como em tempos se usou dizer. Repete-se aí, aliás, o que se verifica na própria inauguração do debate judicial primeiro.⁴ A inconformidade do perdedor é (como fora o interesse de direito material do autor) apenas a mola propulsora

cujo acionamento permitirá a busca de um objetivo mais alto e mais nobre que o perseguido por ele. É muito íntima, aliás, a correlação entre o interesse de agir que ao autor se exige e o interesse em recorrer que deve assistir ao impugnante. A parte recorrente serve-se do remédio de impugnação no fito de modificar o decidido naquilo que lhe foi desfavorável, donde o pressuposto da sucumbência.

2. Contudo, ao lado dos recursos (ou acomodando-se, um tanto mal-à-vontade, no elenco deles), perfila-se um mecanismo de provocação de nova manifestação jurisdicional, igualmente posto a cargo de alguma das partes, ou de ambas, que prescinde desse requisito da sucumbência, embora não seja correto dizer-se que dispensa o do interesse. Ainda que talvez integralmente vitoriosa, a parte precisa ter alguma vantagem a extrair da nova resposta jurisdicional pleiteada: maior clareza, melhor completude ou mais rigorosa coerência interna do julgado. Daí o seu interesse, sem o qual não se haverá de conhecer do seu – chamemo-lo, por ora, assim à falta de melhor nome e em sintonia com o *ius positum* nacional – recurso, como de qualquer outro não se conheceria.

À primeira vista, na perspectiva do presente estudo, não assumiria importância decisiva a *vexata quaestio* da inclusão entre os recursos do remédio aclaratório. Entretanto, a questão pode assumir singular importância quando se pensa no princípio da unirecorribilidade e na imperatividade da exaustão de todos os recursos ordinários antes de se poderem manejar os de índole excepcional. De resto, como a técnica de julgamento das impugnações recursais típicas deve submeter-se a regras bem definidas, rigor que talvez se possa mitigar quando se cuida de mero incidente processual, impõe-se dedicar alguma atenção ao tema. Também porque, como é bem sabido, a doutrina divide-se a tal respeito, registrando-se manifestações da maior respeitabilidade em ambos os sentidos.

É consensual que a origem do remédio (recursal ou não) situa-se no antigo direito lusitano das Ordenações, daí passando aos diplomas legais brasileiros que sucessivamente regularam a matéria: Regulamento 737, Consolidação Ribas, Códigos Estaduais de Processo (quase todos), Código Nacional de 1939.⁵ Contudo, o atual Direito Português não dá ao instituto tratamento de recurso, como claramente se vê da comparação entre os n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 669 do Código de Processo Civil luso, na redação dada pelo DL 329-A/95 e pelo DL 180/96.⁶

Passa-se o mesmo com os mais importantes estatutos processuais contemporâneos, consoante anota Barbosa Moreira, sem por isso deixar de observar que a discussão está superada, entre nós, pelo *ius positum*: desde que incluído o instituto no elenco dos recursos (CPC, artigo 496, IV), “cabe ao legislador optar, e ao intérprete respeitar-lhe a opção, ainda que, *de lege ferenda*, outra lhe pareça mais aconselhável.”⁷ Sem embargo da autoridade da lição, parece deveras difícil renunciar por inteiro ao debate, sobretudo à vista de algumas decorrências dessa opção legislativa.

Ao revés do que ocorre com os recursos típicos, e consoante já assinalado, não é preciso que o julgado seja desfavorável ao embargante em ponto algum. O “recurso” aclaratório não se volta ao objetivo de substituir por outra a decisão focada, mas

ao de integrá-la, proporcionando-lhe expressão mais completa e mais clara. Não pede que se reaprecie a matéria decidida, mas sim e somente que se expresse o seu mesmo conteúdo em termos diferentes, vale dizer, “não se pede que se redecida, pede-se que se reexprima”⁸ mediante “aperfeiçoamento da fórmula pela qual a decisão se materializou.”⁹ São admissíveis contradecisões “irrecorríveis” (v. g., as do Plenário da Corte Suprema no controle concentrado de constitucionalidade). Podem referir-se a qualquer dos componentes da manifestação judicial, como à fundamentação e até mesmo ao relatório.¹⁰ Não se submetem, ao menos em princípio, ao contraditório. Endereçados ao mesmo órgão jurisdicional prolator da decisão embargada, por este são examinados.

Tem-se objetado a isso, para tentar alinhar os aclaratórios aos demais recursos, que algumas dessas particularidades, vez por outra, também se apresentam em outras modalidades recursais, sobre cuja natureza jurídica não se controverte.¹¹ Mas o argumento trabalha com exceções e não aponta um único recurso típico que, cumulativamente, apresente ou possa apresentar todas essas anomalias ou sequer um número importante delas.

Parece mais aceitável o alvitre de tratar-se o assim chamado recurso aclaratório como incidente processual diverso dos verdadeiros recursos, ou, pelo menos, como um recurso notavelmente diferenciado, cuja conformação e pressupostos o fazem desgarrar consideravelmente do modelo geral.

Um dos nossos mais prestigiados especialistas, examinado o problema com vistas aos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários, conclui com segurança que, pelo menos a essa luz, não se trata de recurso.¹² Invoca, a esse propósito, a lição de um acreditado comentador do Código de Processo Civil, particularmente taxativo no negar natureza recursal ao remédio.¹³ De resto, como foi também agudamente observado, até que se plasme o julgado em sua feição completa e definitiva, a amalgamar “em um corpo só” a decisão embargada e a resultante dos embargos, as partes e demais interessados sequer dispõem dos dados indispensáveis à interposição dos verdadeiros recursos, ou mesmo dos elementos necessários ao exercício da opção por interpô-los ou não.¹⁴

Aliás, é deveras significativo que, posta de parte a já referida e sem dúvida respeitabilíssima opinião segundo a qual a opção do legislador esteriliza toda discussão quanto ao ponto, os especialistas que identificam recurso nesses embargos, alguns deles de grande tomo, invariavelmente concluem por identificar também uma nota muito específica nessa modalidade, admitindo, ao fim e ao cabo, que, se recurso é, é um recurso de configuração consideravelmente diferenciada.¹⁵

Assim é que Frederico Marques afirma cuidar-se de recurso porque o fito do embargante é ver reparado um gravame, sem cuja presença o recurso não se poderia admitir. Só que o tal gravame, na espécie, exhibe uma particularidade muito sua, que é a de consistir não em repulsa judicial a qualquer das postulações do recorrente, ou no insucesso, sequer parcial, do litigante em sua pretensão ou resistência, mas em “gravame especial e que sob quatro espécies se configura: obscuridade, dúvida, contradição e omissão”.¹⁶ A construção soa pouco natural e por demais cerebrina, a denunciar o esforço por conciliar a todo custo a opção legal com a natureza das coisas.

Feito esse balanço brevíssimo, cumpre admitir que, à vista do direito positivo nacional, há recurso de embargos de declaração, mas com o imediato e cauteloso acréscimo de que, *de lege ferenda*, essa não é a solução mais correta do ponto de vista

técnico-jurídico. E, com presteza não menor e ênfase máxima, aduzir que se trata de recurso absolutamente atípico, em relação ao qual os princípios gerais atinentes ao gênero nem sempre são aplicáveis, ou só se podem aplicar com adaptações e transigências que atendam às particularidades do instituto. Em suma: é recurso, sim, porque a lei assim estatui, mas recurso atípico, cujo tratamento exige especial cuidado para que não se force a natureza das coisas. Alguns desses pontos sensíveis terão de ser tratados adiante com maior vagar.

3. Admitido o cariz recursal dos embargos, põe-se em foco a aplicação do princípio da unicidade do recurso cabível. O tema tem sido particularmente estudado, porque mais sensível nesse campo, com respeito à admissibilidade dos recursos excepcionais, a pressupor o esgotamento dos “recursos ordinários”. O problema está em saber se entre estes se acha o de esclarecimento, pois, na afirmativa, teria de ser ele utilizado à exaustão, toda vez que se pudesse identificar na decisão considerada alguma possibilidade, mesmo remota, de presença das hipóteses do artigo 535.¹⁷ Esclareça-se, de pronto, que não se cuida aqui do requisito do “pré-questionamento”, eventualmente realizável mediante embargos declaratórios, mas daquele outro da exaustão de todos os recursos ordinários, com a possível inclusão entre estes do remédio de esclarecimento.

Posto nessa perspectiva, o problema se coloca com a mesma dimensão de dificuldade no atinente aos recursos ordinários típicos, inclusive e especialmente o de apelação. A saber: presente obscuridade, omissão ou contradição em ato decisório de primeiro grau, a sanação de algum desses vícios pode ser buscada diretamente por via de agravo ou de apelação, ou o emprego prévio do recurso de embargos é imprescindível para abrir caminho àquele outro recurso? Teríamos um caso de fungibilidade plena entre diferentes recursos, como que em concurso eletivo, ou cada um deles teria de ser manejado a seu turno, um condicionando a admissibilidade do outro?

A resposta tem de ser buscada com olhos postos nas peculiaridades dos pressupostos de cabimento do recurso declaratório e na especialíssima configuração procedimental do próprio remédio. Não primam pela objetividade os requisitos do artigo 535 do estatuto processual. A parte pode ver contradição, omissão ou obscuridade onde o juiz não identifica nenhuma delas; a recíproca também é verdadeira.¹⁸ Tenha-se presente que, rigorosamente, só estará de todo isenta desses vícios a decisão perfeita e perfeição não há de esperar de qualquer obra humana, menos ainda das decisões de hoje, tomadas com ligeireza cada vez maior. As mais completas, claras e coerentes sentenças dos melhores juízes, mesmo elas, podem ser ainda suscetíveis de aperfeiçoamento em algum dos aspectos tratados, ou em mais de um. A arguta observação feita com pertinência ao recurso especial pode ser alargada, com efeito, *mutatis mutandis*, a qualquer outro: exigível que fosse a obrigatoria interposição dos aclaratórios, sempre que ocorrente alguma das imperfeições do artigo 535, poder-se-ia chegar ao inaceitável resultado de impedir, eventualmente, o uso de outros recursos.¹⁹

Imagine-se um caso exemplar de sentença omissa: a que se abstém de dispor sobre parte do pedido. Ou aquele outro, da falta absoluta de fundamentação. Não se duvidará, em um e outro caso, do cabimento dos embargos de declaração para que seja sanada a omissão. Contudo, em se tratando de sentença nula, porque *contra petita* ou por carente de motivação, lícito será ao autor servir-se desde logo da apelação para buscar a pronúncia da nulidade.²⁰ De outro modo, o emprego dos embargos

de declaração tornar-se-ia obrigatório praticamente em todos os casos, dado que a segurança e a cautela, face às situações limítrofes e vacilações pretorianas, obrigariam a parte à sua interposição, a fim de afastar o risco de não-recebimento da apelação (ou do agravo, no caso de decisão interlocutória).²¹ Diga-se o mesmo das decisões proferidas em segundo grau de jurisdição. Interpondo, desde logo, o recurso típico, expor-se-ia o recorrente, sempre, à infeliz eventualidade de não conhecer dele o órgão *ad quem*, por falta da prévia utilização do recurso de esclarecimento.

Essa realidade decorre, por um lado, da carga inafastável de subjetivismo na identificação dos eventos do artigo 535 e da já referida possibilidade, teoricamente ilimitada, de sempre se poder aperfeiçoar a decisão nos aspectos da completude, da clareza e da coerência interna. De outra banda, há uma *zona gris* entre o erro material manifesto, também ensejador dos embargos, e o erro substancial *in procedendo* ou *in iudicando*.²² Some-se a isso a realidade também inegável de que a tendência contemporânea é de crescente simplificação e superficialização do exame judicial das questões, seja por conta da escalada incessante do acúmulo de processos e da preocupação dominante com a celeridade, mesmo que em detrimento da qualidade e do valor justiça, seja em razão do claro declínio da qualificação técnica dos operadores do processo em geral.

A doutrina, mesmo a que não vacila em alinhar os embargos de declaração entre os recursos ordinários, nem sempre parece dar-se conta desse concurso eletivo de remédios impugnatórios, com a decorrente quebra do princípio da unirecorribilidade.²³ Talvez se possa vislumbrar, por trás dessa aparente contradição, uma reprimida mas insopitável percepção de que o remédio aclaratório não é recurso ou de que, recurso sendo, é recurso atípico, profundamente diferenciado, ao qual mui dificilmente se poderiam aplicar os princípios gerais regentes dos recursos ordinários.

4. O pedido de esclarecimento, repete-se, não busca uma nova decisão nem a alteração substancial do que foi decidido; procura, isto sim, uma nova e melhor expressão do mesmo ato decisório. Dirige-se ao mesmo órgão julgador e não se volta à retratação ou reconsideração; a parte quer apenas, sem atacar o conceito, a eliminação de imperfeições na fórmula pela qual se expressou a manifestação de vontade estatal. A partir dessa premissa, parece resultar muito fácil afirmar-se que o julgamento dos embargos não pode conduzir à reforma ou à substituição do julgado, que implica o rejuízo da causa em seus aspectos substanciais. Daí afirmar-se que “a sentença nos embargos de declaração não substitui a outra, porque diz o que a outra disse. Nem pode dizer algo menos, nem diferente, nem mais. Se o diz, foi a decisão embargada que o disse”.²⁴

A generalização é incorreta, porém. Casos há, e nem são raros, em que a supressão da deficiência apontada – contradição, obscuridade ou omissão – acarretará, talvez indiretamente, mas inelutavelmente, a alteração de substância da decisão.²⁵ Cabe chamar a atenção, desde logo, para o que se passa na hipótese de omissão: o suprimento desta, necessariamente, importa em incluir no decisório agravado um comando ou um fundamento, ou certa referência a fatos, a direito ou a alegações, que lá não se achava. Esse acréscimo, por óbvio, constitui só por si uma alteração do teor do julgamento, que, portanto, resulta modificado: “é claro, claríssimo, que ela diz mais que a outra”.²⁶ E, para o caso, a alteração é direta, decorrendo imediatamente do provimento dos embargos. Também têm sido lembrados alguns casos particularmente chamativos, como aquele em que, jul-

gado o recurso típico em seu mérito, vem-se a constatar, mercê dos aclaratórios, a omissão quanto ao exame de uma questão prévia, que, se analisada e resolvida, teria conduzido ao descabimento ou impossibilidade daquele julgamento de fundo; ou, quiçá (no caso da questão prejudicial), a uma decisão de teor necessariamente oposto ao estabelecido.²⁷

Mas não é só. Se o julgamento dos embargos corrige contradição, uma das proposições contrastantes é necessariamente suprimida, e a decisão embargada sofrerá alteração para menos. Não há esforço de argumentação que demonstre ocorrer aí simples modificação do modo de expressar-se o decisório: determinada parte do seu conteúdo é eliminada ou, no mínimo, amoldada àquela outra com a qual conflitava.²⁸ Não é possível desfazer uma contradição sem a eliminação de uma das proposições conflitantes, ou, quando menos, a sua reexpressão em termos tais que o contraste seja eliminado, necessariamente diversos dos anteriormente empregados.

Não é diferente, de resto, o que se passa quando sejam providos os embargos fundados em obscuridade. Se à proposição increpada faltava clareza, ela será necessariamente substituída por outra isenta desse vício, e o teor da decisão foi alterado. Se ela era ambígua, permitindo interpretações distintas – espécie do gênero obscuridade –, há de reformular-se de modo a tornar-se unívoca, firmando uma e excluindo as demais alternativas. O conteúdo do ato judicial é obviamente alterado.

A tudo isso se pode objetar que a vedação de alteração do julgado por via dos aclaratórios diz respeito à substância da decisão, ao sentido em que se julgou. Mas ainda assim ela é discutível. Quando ocorre contradição entre dois comandos contidos no *decisum* (v. g., declarou-se a nulidade do contrato e condenou-se o réu à prestação nele estipulada), a supressão da incongruência exige que um desses enunciados seja abolido; ele terá de ser extirpado da sentença. E esta passará a dizer, na sua parte dispositiva, menos do que dizia.

Ainda mais claramente, o próprio *decisum* também sofrerá alteração substancial, agora por acréscimo, quando nele tiver sido apontada omissão de julgamento de um dos pedidos cumulados, ou de parte dele. Imagine-se que o autor tenha pleiteado reintegração de posse e indenização dos danos consequentes ao esbulho e a sentença tenha dado pela procedência do primeiro pedido, silenciando quanto ao segundo. Providos os embargos, será preciso acrescer ao dispositivo da sentença um capítulo novo, em que se decidirá da procedência ou improcedência do pedido indenizatório.

A própria obscuridade pode ser de tal grau que não permita saber-se qual o sentido da decisão. Trago da experiência forense um caso em que, julgadas procedentes em parte a ação (condenatória) e a reconvenção (declaratória), determinou a sentença que os encargos sucumbenciais, inclusive honorários advocatícios de 10% “do valor da condenação” fossem suportados “pela parte vencida”. A situação resultante era de completa perplexidade: não se podia saber o que fora decidido quanto aos honorários. Para clarear o dispositivo nesse particular, em sede de embargos, tornou-se imprescindível sua completa reformulação quanto ao ponto, inclusive com alteração do percentual, redistribuição dos encargos e especificação dos que se referiam a uma e outra das ações, principal e reconvenção. Com efeito, sendo de todo ininteligível o julgado, o esclarecimento só se pode fazer mediante substituição do texto afetado.

É imprescindível lembrar, de resto, que a doutrina e a jurisprudência vêm incluindo no campo de emprego dos embargos os

casos de erro material manifesto.²⁹ Sem desconhecer as dificuldades que o tema envolve, não há negar que determinadas sentenças e acórdãos exibem erro que não é de julgamento, vale dizer, não se refere a fatos da causa nem à escolha ou interpretação da norma abstrata incidente, nem ainda à formulação da norma concreta – mas sim e somente a dados estranhos ao objeto do processo, como o ser dia não-útil aquele dado como último do prazo; o tomar-se como razão de decidir documento pertencente a autos diversos, equivocadamente juntado aos do feito que se julgou etc.³⁰ Essa ampliação do objeto possível dos embargos declaratórios, vez por outra, excede até mesmo esse limite, “quando manifesto o erro de julgamento”.³¹

Não é preciso salientar que esse elastério emprestado ao objeto dos embargos de declaração alarga consideravelmente a gama das hipóteses em que o provimento do recurso conduzirá inelutavelmente à reforma substancial do decisório embargado. A correção do erro material, em regra, reorienta o sentido do julgamento, obrigando à verdadeira substituição do julgado por outro de teor diverso e, não raro, do *decisum* anterior por um dispositivo de sentido oposto.³²

Tudo bem ponderado, portanto, o que se tem de considerar inadmissível é o emprego dos embargos de declaração com a específica finalidade de, a modo direto e independentemente de sua primordial função integrativa, alterar a substância do julgado. Isso significa, pois, que, como decorrência logicamente necessária da integração, pode resultar aquela alteração substancial. Ela é admitida pelo sistema desde que, presente efetivamente na decisão embargada algum dos vícios mencionados no artigo 535 do CPC, a sanção dele conduza à modificação, talvez em grande profundidade, do teor do julgamento, a ponto, até mesmo, de inverter-se completamente o seu sentido, convertendo o vencedor em vencido e vice-versa.³³ Nada impede, pois, que a petição de embargos inclua pedido de feição “infringente” – mas o pedido primário do embargante há de ser, obrigatoriamente, o de remoção de algum dos defeitos tratados no citado artigo; só como imperativa decorrência lógica dessa correção poderá sobrevir o provimento do pedido secundário de modificação.

Em qualquer desses casos, diz-se que os embargos assumem função modificativa (ou infringente) da decisão embargada. Ora, como essa função só excepcionalmente pode ser outorgada ao remédio em menção, nesses casos, aí sim, ele assume típica feição de recurso, vale dizer, de pedido de re julgamento da causa. Por isso, diante da eventualidade de vir a ser exarado julgamento com teor substancialmente diverso daquele embargado, a oitiva da contraparte se faz imprescindível, como em qualquer outro recurso, a fim de que se preserve o contraditório.³⁴ A dispensa dessa ouvida do embargado, nos casos comuns, decorre da idéia de que não está sendo atacada a decisão em sua substância (conceito), mas sim e somente em seu modo de expressar-se (fórmula), donde não se esperar que o decidido – permanecendo o mesmo, apenas reformulado em sua expressão verbal – venha a tornar-se mais ou menos gravoso para qualquer dos litigantes.

5. Tem-se dedicado especialíssima atenção ao emprego dos embargos declaratórios com o específico fito de pré-questionamento³⁵ de temas de Direito Federal (constitucional ou infraconstitucional, segundo o caso) para o fim de abrir caminho ao manejo dos recursos excepcionais (extraordinário *stricto sensu* e especial). Por falta de uma exata, unívoca e constante compreensão da idéia de pré-questionamento, e um pouco também pelo variável grau de rigor dos Tribunais Superiores na

identificação do requisito, tem-se travado intenso debate em torno do tema. À base dessa exigência acha-se o pressuposto específico primeiro de admissibilidade desses recursos constitucionais: o haver o decisório recorrido solvido uma questão federal, ao aplicar (ou deixar de aplicar, ou aplicar sob interpretação errônea) alguma norma jurídica pertencente a essa esfera de poder. Mas, em torno desse núcleo, construiu-se uma complexa e cambiante teia de conceitos e disceptações que dificultam enormemente o estudo do fenômeno.

Não me abalço a discutir aqui, porque desnecessário nesta sede, a tese que põe em dúvida o assento constitucional da exigência e especula com uma possível criação pretoriana voltada apenas à ereção de barreiras à admissibilidade dos recursos excepcionais.³⁶ Em princípio, admito que a base normativa do instituto esteja nos artigos 101, III, e 105, III, da Constituição da República, mas nesta limitada perspectiva: a presença de questão federal a ser dirimida na instância extraordinária só pode ser aferida pelo exame dos temas tratados no acórdão recorrido. É imprescindível, pois, que se encontre no julgado hostilizado pela via excepcional a aplicação da norma federal, ou a negativa dessa aplicação, para que se possa aquilatar da exatidão dessa aplicação ou negativa ou, ainda, quando tal seja o caso, a conformidade à ordem constitucional da solução jurisdicional ou da própria regra jurídica. Por isso, a inconformidade veiculada pelo recurso só se pode referir a uma questão federal que tenha sido enfrentada e resolvida pelo decisório impugnado. Nesse sentido é que se há de exigir tenha a matéria em causa sido objeto de apreciação sob a forma de questão pelo julgado recorrido.³⁷

Ora, um ponto tratado no processo só se alça à categoria de questão quando se torne objeto de controvérsia no processo. O ponto sobre o qual não se levantou controvérsia não precisa ser decidido; o que reclama solução jurisdicional é a questão no estrito sentido apontado.³⁸ Assim, o questionamento é que torna necessário o trato do ponto pelo órgão julgador e, por essa via, introduz no julgado de que se vai extraordinariamente recorrer o tema a ser levado à instância excepcional.

O pré-questionamento seria, etimologicamente, o ato de pôr a parte em discussão, antes do julgamento atacado, a matéria jurídica sobre cuja solução vem a pedir novo pronunciamento jurisdicional da instância excepcional. Trata-se de afastar a possibilidade de que a parte, pela via extraordinária, venha a submeter a julgamento das cortes superiores tema que não tenha sido objeto de análise pelas instâncias ordinárias – contrariando, assim, as previsões dos textos constitucionais pertinentes.

Assim, a noção corrente é a de que a admissão dos recursos extraordinário *stricto sensu* e especial pressupõe que a questão federal por eles veiculada (a) tenha sido suscitada nos autos antes da decisão recorrida extraordinariamente e (b) que o tribunal *a quo* tenha examinado e decidido essa questão. Se, dado o primeiro pressuposto (provocação da parte), o órgão julgador silencia sobre a matéria, ou dela decide em forma obscura ou contraditória, torna-se necessário o emprego dos embargos de declaração, muito especialmente na primeira hipótese, para abrir passagem ao apelo extremo.

Do ponto de vista em que me coloco, esses embargos de declaração nada têm de “especial”, apresentando-se apenas acidentalmente marcados pela finalidade específica de sua interposição. Não existe, pois, aquela categoria à parte de “embargos prequestionadores” a que aludem alguns doutores e muitos julgados, sujeita por hipótese a pressupostos e disciplina pró-

prios. Penso que, bem compreendida essa posição, os vários problemas que se têm levantado a propósito desse tormentoso fenômeno podem ser mais facilmente solucionados.

No há duvidar de que a questão sobre a qual não se decidiu, embora se devesse ter decidido, é imune ao recurso excepcional. Nem de que os embargos aclaratórios sejam o remédio adequado para sanar a omissão e, via de consequência, abrir caminho ao recurso nobre.³⁹

Ocorre, porém, que nem tudo se passa com essa simplicidade na prática do processo. Há uma gama de problemas relacionados ao tema, sobre os quais lavram fundas divergências doutrinárias e a jurisprudência anda às tontas. Algumas das que mais diretamente dizem com o objeto do presente estudo terão de ser analisadas, ainda que superficialmente. Se a questão federal, conquanto não suscitada no curso do processo, é analisada e resolvida no julgado, pode ainda assim ser objeto do recurso extraordinário *lato sensu*? E, podendo, estará a admissibilidade deste condicionada à prévia interposição de embargos de declaração? O pré-questionamento supõe a menção, pelas respectivas identificações numéricas, dos dispositivos legais pertinentes, ou basta a presença no julgado da questão de direito federal (pré-questionamento implícito)? Por fim, se o tribunal a *quo* recusa o esclarecimento pedido pela via dos embargos, resulta inviabilizado o recurso excepcional quanto à questão federal omitida ou malformulada?

6. O termo pré-questionamento acaba por dizer mais do que deveria, porque o prefixo leva a pensar na exigência de que, sempre e sem exceção, tenha havido a suscitação da questão federal antes do julgamento que se quer impugnar por via excepcional.

O que turva o claro entendimento do problema é a eventualidade de surgir a questão apenas no julgamento objeto da impugnação extrema – o que pode suceder em duas situações: ou porque o juízo ou tribunal tomou a iniciativa, independentemente de provocação, como lhe é lícito, de dispor sobre matéria de ordem pública, daquelas imunes à preclusão, ou porque o órgão julgador exorbitou, decidindo de ofício questão da qual só se deveria ocupar quando provocado.

Com a costumeira acuidade, Moniz de Aragão, em estudo primoroso, mostrou que a palavra mais indicada para designar o fenômeno seria questionamento,⁴⁰ afastando-se a noção de que necessariamente o tema tenha subido à categoria de questão antes do julgamento impugnado. Essa idéia harmoniza-se com o que inicialmente ficou dito sobre o conceito a ser adotado daquilo que se convencionou chamar pré-questionamento para designar um requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais. Com uma ou outra dessas denominações, se for tomado o conceito – que é o realmente importante – que defendo, solucionam-se os casos de julgamento na última instância ordinária “com surpresa para a parte”, vale dizer, com a introdução nele da solução de tema não tratado anteriormente no processo.⁴¹ Compreende-se que se haja consagrado a palavra com o prefixo, porque, na imensa maioria dos casos, o tribunal só conhece das questões que lhe são submetidas pelas partes; nem por isso, porém, se podem deixar à margem de solução as situações excepcionais não enquadráveis nessa hipótese.

Coloca-se assim a delicada problemática do julgamento “com surpresa para as partes”,⁴² vale dizer, aquele em que se introduz *ex novo* o exame de uma questão que não fora anteriormente “ventilada”, tal como ocorre, *v. g.*, na declaração de ilegitimidade *ad causam* de que as partes não cogitaram, mas o tribunal

pode e deve examinar (CPC, artigo 267, § 3º), ou na declaração de nulidade absoluta e insanável do processo, ou, ainda, na proclamação da incompetência absoluta do órgão julgador. Pré-questionamento, por hipótese, não houve; ocorreu, sim, questionamento *ex officio* pelo órgão julgador no exato exercício de seu dever legal e no momento mesmo em que conhecia do recurso ordinário. Mas não há negar que houve solução jurisdicional de questão federal – questionamento, pois.

(...) haverá questão federal ou constitucional sempre que o juiz aplicar a lei federal ou a Constituição à hipótese, seja em decorrência de as partes terem controvertido acerca de determinado ponto, tornando-o questão a ser resolvida pelo órgão julgador, seja quando o próprio órgão julgador identificar o ponto, colocá-lo em dúvida e sobre ele resolver. Importa, sob esse prisma, que a questão tenha sido resolvida pelo juiz, seja ou não em virtude de provocação da parte.⁴³

Do ponto de vista da presente análise, o que importa é definir se, em circunstâncias tais, a interposição do recurso excepcional fica condicionada a alguma forma de questionamento pela parte que se possa fazer pela via dos embargos de declaração. Nossa resposta é negativa. Não incide o julgado de segundo grau em omissão alguma (embora essa increpação talvez se pudesse fazer à instância inferior), nem se há de crer que, em razão das circunstâncias apontadas, se possa identificar contradição ou obscuridade na sua fórmula. Sequer a hipótese de erro material manifesto pode ser tida como necessariamente ínsita no acórdão. Daí resulta a inexistência de espaço para embargos aclaratórios, certo que, como vem sustentando com inteiro acerto a jurisprudência do STJ, a finalidade de pré-questionamento ligada aos embargos não os libera de sua submissão ao *numerus clausus* das hipóteses do artigo 535. Com efeito, embora alguns julgados antigos da Corte sugerissem essa dispensa, a orientação mais recente e melhor afinada com a natureza do recurso rejeita os “embargos prequestionadores” como categoria distinta.⁴⁴ Aliás, parece defasada em relação à tendência de hoje do Tribunal a sua Súmula 98, que aparenta distinguir os embargos “manifestados com notório propósito de pré-questionamento” para o fim de dar-lhes tratamento privilegiado no relativo às sanções pelo abuso do recurso.⁴⁵ Pode ela, aliás, estimular o uso dos aclaratórios desassistidos dos respectivos pressupostos, a pretexto de que têm o objetivo de prequestionar.

Não há, pois, cogitar de uma dicotomia dos embargos em “declaratórios” e “prequestionadores”. Eles são sempre declaratórios – voltados à sanação de omissão, obscuridade ou incongruência – ainda que, eventualmente, o esclarecimento pretendido se oriente à finalidade, explicitada ou não, de melhor caracterizar o cabimento de recurso extraordinário, sobretudo nos casos de omissão, em que o silêncio do julgado sobre determinada questão federal posta em liça impede a reposição dela ante a instância excepcional. Não se há de imaginar uma disciplina diversa para o trato desta espécie daquele gênero.

A consequência é que os recursos extraordinários, com respeito à matéria de ordem pública introduzida no debate pelo próprio órgão julgador, sem provocação de parte e sem ter sido a questão agitada anteriormente, devem ser admitidos independentemente da exigência de interposição prévia dos embargos de declaração (ressalvada, é claro, a eventualidade de serem eles cabíveis por algum dos motivos do artigo 535), que nenhuma função teriam a cumprir e nenhuma base legal poderiam encontrar, por ausentes seus pressupostos legais.⁴⁶ Trata-se de caso em que o próprio órgão julgador elevou o ponto à categoria de questão, porque “...desde que se invocou lei e o julgamento foi

contrário à sua validade em face da Constituição, os próprios juízes transformaram a invocação em controvérsia, em questão.⁴⁷

A *fortiori*, não se admitirão os embargos para trazer à cena judiciária uma questão federal que em momento algum – sequer na decisão da qual se pretende recorrer extraordinariamente – fora anteriormente cogitada, absolutamente nova, estranha a todo o contraditório até então desenvolvido. A hipótese merece menção porque a experiência do foro mostra com alguma frequência essa modalidade aberrante e abusiva dos embargos declaratórios, em que o embargante busca forçar a introdução de temas nunca discutidos nos autos.⁴⁸ Os aclaratórios não se prestam a mudar a fisionomia do litígio, introduzindo tardiamente na controvérsia uma questão que lhe fora estranha.

Temos cuidado até aqui dos casos em que a instância ordinária tenha decidido licitamente a matéria nova, não provocada pelas partes. Mas não se podem perder de vista os casos teratológicos, em que essa introdução da questão nova, ela mesma, contraria o sistema normativo. Tais são, entre outras, as hipóteses de julgamento *extra* ou *ultra petita*,⁴⁹ assim como a apreciação de questões não propostas pelas partes, relativamente às quais não se admita manifestação judicial *ex officio*. Tampouco diante dessa eventualidade, e, há cogitar de embargos de declaração, dada a inocorrência de qualquer dos seus pressupostos; menos ainda se há de fechar a porta aos recursos extraordinários, a *fortiori*, face à frontal violação da lei *ex hypothesi* ocorrente. A não se admitir o recurso excepcional, por falta de um pré-questionamento impossível, cria-se insuperável impasse e, pois, restrição inconstitucional à garantia dos recursos extraordinários.⁵⁰

Tenho por certo, como ficou visto, que basta à presença do suposto requisito de admissibilidade a menção da questão federal e sua discussão no âmbito da decisão recorrida, independentemente de haver alguma das partes suscitado a mesma questão, e do momento em que o tenha feito. Se a questão é daquelas que só podem ser apreciadas mediante provocação de parte, esse é problema respeitante aos limites legítimos do julgado, e não se relaciona à problemática do pré-questionamento, mas ao da validade do julgamento, que pode ser impugnada em recurso extraordinário sem a necessidade (ou, em muitos casos, sequer a possibilidade) da prévia interposição de embargos declaratórios.⁵¹

7. Matéria que também divide os tribunais e a doutrina é a relativa ao assim chamado pré-questionamento implícito. Para prevenir equívocos, importa precisar, antes de tudo, que fenômeno designo por essa locução, em si mesma equívoca. Há quem use o termo para indicar situações em que a questão não é sequer mencionada no julgado, mas este contém decisão sobre outra questão, daquela logicamente dependente (por exemplo, julgado o mérito, tem-se por repelida a arguição de incompetência do juízo; condenado o réu ao pagamento dos alimentos pedidos com base em relação de parentesco, reputa-se afirmada a existência desta).⁵² Não é este o sentido usual do termo, que deslocaria o debate para o terreno do julgamento implícito e das questões prévias.

Autorizadíssima opinião, de outra banda, discute a matéria do ponto de vista do julgamento “com surpresa para as partes”, para sustentar que não se pode debitar ao litigante omissão em alertar o julgador para tema do qual este deveria conhecer de ofício.⁵³ Também esse não é o sentido que os tribunais têm dado à locução, embora o grande processualista desconsidere, por não lhe reconhecer a menor relevância, a aceção corrente:

Tem-se admitido como tacitamente prequestionado tema a cujo respeito o tribunal emitira julgamento, embora sem referir a norma legal incidente. Mas parece que em tais casos o problema nem se apresenta, pois, se alguma questão fora julgada, mesmo que não seja mencionada a regra de lei a que está sujeita, é óbvio que se trata de matéria “prequestionada” e isso é o quanto basta.⁵⁴

Sem embargo dessa respeitabilíssima opinião – com a qual, aliás, em sua substância, ponho-me de inteiro acordo –, o certo é que o campo no qual o problema vem sendo discutido, ensejando disceptações pretorianas, é precisamente esse (no qual o grande jurista sequer identifica problema) da presença ou não, no julgado, da referência explícita aos artigos de lei alegadamente violados, e da necessidade, na sua ausência, do emprego dos embargos de declaração. Cumpre, portanto, que se examine a controvérsia tal qual se apresenta.

A posição mais rigorosa sustenta que, nas circunstâncias descritas, faz-se imperativo o “pré-questionamento” mediante embargos, para que se explicitem ainda na instância ordinária essas indicações, com a enunciação dos dispositivos por seus nomes e números. Só assim se faria possível, na interposição do apelo excepcional, individualizá-los por essas designações numéricas, sem o que do recurso extraordinário não caberia conhecer.

Em contraposição, há quem admita o que se vem denominando pré-questionamento implícito, contentando-se com o estarem as aludidas questões claramente postas no decisório recorrido, de modo a permitir a compreensão da controvérsia travada e a comprovar que os temas a serem debatidos na instância excepcional foram claramente “ventilados” no juízo *a quo*. É bem de ver que a matéria ganha importância, sobretudo, quando se cuida dos recursos da letra “a” (do artigo 102, III, ou 105, III, da Constituição da República).

Trata-se, pois, de investigar se, posta claramente e solvida na decisão impugnada a questão federal, mas sem menção aos artigos de lei (ou da Constituição) supostamente vulnerados, é necessário o uso dos embargos declaratórios para forçar a referência explícita aos textos normativos por seus números. Como já antecipei, tenho que não. *Primo*, porque não é nesses termos que está posta a exigência constitucional: a identificação de um dispositivo se pode fazer por seu conteúdo, e não só por seu número; *secundo*, porque *iura novit curia*, sendo tarefa do órgão julgador o enquadrar na moldura normativa a situação exposta, e *tertio* porque as decisões judiciais nem sempre necessitam fazer essa explícita menção aos textos (números de artigos, incisos, parágrafos e por aí adiante) para deixarem bem clara a norma que foi aplicada ou interpretada, ou à qual foi negada aplicação.

Claro, a falta da indicação numérica pode eventualmente tornar obscura a decisão e impreciso o seu comando, mas então estamos no campo normal de emprego dos aclaratórios, independentemente do intuito de abrir caminho a outro recurso. Os embargos serão os “normais”, não os “de pré-questionamento”. A suposição contrária, a exigir sempre a explícita menção dos artigos, é fonte da interposição de milhares de recursos (aclaratórios) absolutamente desnecessários. E assim continuará a ser enquanto os tribunais destinatários não se fixarem em uma correta e clara, ou pelo menos uniforme, definição do requisito. Cumpre anotar que, nesse particular, constata-se notável divergência entre a orientação jurisprudencial do STJ e aquela do STF. Após alguma vacilação nos primeiros anos de seu funcionamento, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir reiterada e pacificamente a forma implícita de questionamento,

disso dando exemplo uma ementa recente, digna de transcrição por sua clareza:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – FALTA DE PRÉ-QUESTIONAMENTO.

1. Configura-se o pré-questionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto.

2. Admite-se o pré-questionamento implícito para conhecimento do recurso especial, desde que demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese à luz da legislação federal indicada, ainda que não haja menção expressa do dispositivo legal.

3. O requisito do pré-questionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas (matéria de ordem pública), exceto se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, porque aberta a via do especial.

4. Embargos de declaração rejeitados.⁵⁵

De sua vez, o Pretório Excelso, que em tempos sustentara posição igual, fixou nos últimos anos a tese oposta, timbrando, inclusive, em destacar expressamente, desde as ementas, a exigência de menção aos dispositivos constitucionais vulnerados, como ilustra um julgado também recente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE PRÉ-QUESTIONAMENTO – CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE.

1. Pré-questionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. 2. Se a questão constitucional não foi suscitada oportunamente no recurso interposto perante o Tribunal de origem, são ineficazes e tardios os embargos de declaração opostos para fins de pré-questionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido.⁵⁶

Na verdade, esse é um problema que sequer deveria colocar-se, como pondera o já citado escólio de Moniz de Aragão. Tem-se aí mais um exemplo eloqüente de como o sistema judiciário pode concorrer para o seu próprio abarrotamento: centenas ou milhares de recursos de embargos absolutamente desnecessários e descabidos terão de ser interpostos apenas para assegurar que, feita a menção explícita aos artigos, resulte aberto o caminho ao apelo extremo, segundo o rigoroso critério da Suprema Corte.

8. Há ainda outro problema ligado ao emprego dos aclaratórios com objetivo de pré-questionamento. Pode suceder (e acontece com frequência cada vez maior, dado o crescente desamor dos tribunais pelos embargos de declaração) que o pedido de esclarecimento tenha sido regular e tempestivamente formulado, na intenção de que, sanada a omissão em que tenha incorrido o acórdão, dele possa recorrer extraordinariamente o interessado – mas, ainda assim, persista a Corte *a quo* na omissão, recusando-se a reconhecer sua existência ou dando a ela tratamento ainda inadequado.

O problema adquire particular atualidade e relevância nos dias de hoje, pois o lastimável abastardamento dos embargos de declaração se vem traduzindo, principalmente, na mínima ou nenhuma atenção que lhes prestam os órgãos decisores, em

geral afetados pela idéia preconcebida de que se trata sempre de mera procrastinação, aliada à percepção dos embargos como algo de insultante e desrespeitoso.⁵⁷ A tendência quase universal é pela chamada “rejeição” dos embargos (o que sequer permite saber se deles não conheceu o órgão julgador ou se lhes negou provimento), mediante adoção de fórmulas estereotipadas extraídas *a outrance*, sem referência alguma ao caso concreto, da memória dos computadores.

Com ou sem essa nota de desconsideração do caso concreto, o mais freqüente é que os embargos sejam “rejeitados” ou “desacolhidos”, donde se extrai que, ou porque deles não conheceu o tribunal, ou porque lhes negou provimento, a decisão embargada permanece tal qual estava, nela continuando presentes os eventuais vícios e erros identificados pelo embargante – sejam aqueles da fórmula, passíveis de remédio pela via dos embargos, sejam os atinentes ao conceito do julgado, por hipótese autorizadores de recurso excepcional. Diante dessa realidade, a parte inconformada pode recorrer extraordinariamente para apontar erro *in iudicando* ou *in procedendo* no próprio julgamento dos embargos.⁵⁸ Em se tratando de recurso especial, geralmente aponta-se infração ao disposto no artigo 535 do Código de Processo Civil; talvez também ao contido no artigo 458 do mesmo Estatuto. Se o recurso é o extraordinário *stricto sensu*, a norma violada seria o artigo 5º, inciso LIV – mas em qualquer caso levando à instância excepcional questão ligada ao julgamento dos embargos, estritamente. Relativamente a essa matéria, não há duvidar de que se acha ela “prequestionada”, eis que se põe à consideração do juízo *ad quem* apenas a legalidade do julgamento dos próprios embargos. Até esse ponto, nenhum problema se coloca.

A dificuldade se apresenta quando se indaga da admissibilidade do apelo extremo para submeter também ao tribunal superior as questões cuja declaração se pedira nos embargos e foi negada, vale dizer, aquelas pertinentes ao conceito da decisão anterior e não à sua fórmula. De um lado, pesa o argumento – apoiado à idéia central do pré-questionamento – de que essas questões, a cujo respeito o julgado originário foi omissivo, contraditório ou impreciso, continuam a padecer do mesmo vício após o julgamento dos embargos, que nada alterou. Se, em razão do defeito, não podiam ser levadas à instância excepcional, essa mesma impossibilidade perdura e o recurso extremo continua inadmissível. O melhor resultado que da impugnação excepcional poderia esperar o irrequieto seria a remessa dos aclaratórios a novo julgamento na instância ordinária.

De outra banda, impende considerar que a parte, nas circunstâncias apontadas, esgotou todas as possibilidades de atuação a seu cargo, e não pode ser prejudicada pela persistente, quiçá caprichosa, negativa do tribunal de origem à prestação do esclarecimento postulado. De resto, a reiteração indefinida dos embargos que o juízo *a quo* se recusa a prover levará à eternização do processo e à impossibilidade de alcançar ele seu objetivo último, que é a composição da lide: o vai-e-vem entre os dois tribunais pode prolongar-se sem limite teórico.⁵⁹ Daí a sugestão de admitir-se o apelo excepcional tanto da decisão negativa da declaração quanto daquela que deveria ter sido declarada. Se a posição oposta é a que melhor preserva a pureza dos aspectos técnico-jurídicos envolvidos, esta última parece melhor resolver, do ponto de vista pragmático, a situação de impasse que se pode criar. É preciso que se tenha presente, também na perspectiva dos resultados práticos a que se volta o processo, que aquela primeira solução obriga o recorrente a rolar, mais uma vez, e quiçá mais outras, a sua pedra de Sísifo, que as condições atuais da prestação jurisdicional já tornam tão pesada.

Tem-se inclinado o Superior Tribunal de Justiça pela solução mais rigorosa, expressa, aliás, na sua Súmula 211. Alguns exemplos bem recentes da iterativa reafirmação dessa convicção, tomados dentre centenas, afastam toda dúvida quanto ao pensamento da Corte.⁶⁰ Já o Supremo Tribunal Federal revela-se consideravelmente mais liberal nesse ponto, admitindo o extraordinário se a parte utilizou os aclaratórios no juízo *a quo*, ainda que sem êxito. Esse é o sentido que a Corte Maior tem atribuído à sua Súmula 356.⁶¹

Parece ter encontrado a medida certa, também nesse particular, o tantas vezes citado estudo de Moniz de Aragão. Se é possível ao tribunal *ad quem* identificar com segurança a questão federal decidida (mesmo defeituosamente quanto à fórmula), é de ser admitido o extraordinário para que se lhe julgue o mérito. Contudo, tal não ocorrerá quando essa identificação seja de todo impossível, como nos casos de absoluta omissão que perdura mesmo após o manejo dos embargos de declaração. Não tem como conhecer da questão federal e dela decidir o tribunal superior se os dados mínimos necessários à sua identificação não se fazem presentes.⁶² Esta última, contudo, não será hipótese muito freqüente. Sem embargo da omissão no acórdão, poderá a petição dos aclaratórios explicitar claramente o ponto omitido, com indicação das passagens dos autos onde foi ele tratado, de sorte a habilitar a instância extraordinária a traçar a perfeita conformação da controvérsia correspondente.

“Para diminuir a demora excessiva do processo, o tribunal de superposição deve estar autorizado, verificando que houve um mínimo de análise da questão federal ou constitucional, a enfrentar o mérito do recurso, sem determinar a anulação da decisão recorrida por força da frontal violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil e artigo 93, IX, da Constituição Federal. A anulação, não há como se negar, revela-se contraproducente e inútil, devendo ser, na medida do que for praticamente possível, evitada.”⁶³

Como quer que seja, e como também adverte o mestre paranaense, a prudência recomenda que, em situações tais, o recurso excepcional seja interposto de ambas as decisões – da documentada no acórdão embargado e daquela dos próprios embargos.⁶⁴ As incertezas e vacilações da jurisprudência obrigam a parte a essa cautela.

9. A diuturna experiência do foro, dando continuidade a uma praxe imemorial, mostra uma peculiaridade de terminologia em relação ao julgamento dos embargos de declaração, dissonante da empregada com respeito aos recursos em geral. Como regra, os órgãos julgadores declaram acolher ou rejeitar os embargos, abstendo-se de empregar quanto a eles as expressões correntes aplicadas aos recursos em geral, dos quais se diz que a eles se dá ou se nega provimento. Raro também é ouvir-se e ler-se que dos embargos se conhece ou não.⁶⁵

Trata-se de uma distorção absolutamente inaceitável. Como ocorre no julgamento de todo e qualquer recurso, este se desdobra em duas ordens distintas de juízos de valor e, portanto, necessariamente em duas etapas (ainda que a manifestação sobre a primeira delas, quando positiva, raramente se explicita): antes de dar resposta positiva (“provimento”) ou negativa (“desprovimento”) a determinado pedido recursal, sempre se há de apurar se a modalidade recursal empregada, tal qual se apresenta em concreto, é admissível no caso; vale dizer, se estão presentes, no processo individualmente considerado, a mais dos requisitos genéricos da recorribilidade, os pressupostos específicos de cabimento daquele determinado meio de impugnação.

A rigor, aliás, trata-se, de tema que transcende a esfera dos recursos. Qualquer postulação dirigida a qualquer autoridade ou agente público passa pelo crivo do exame de admissibilidade antes de ser analisada quanto a seu conteúdo central.⁶⁶ No próprio procedimento de primeiro grau, precisa o juiz transpor primeiro o círculo dos pressupostos processuais para poder ingressar no do mérito⁶⁷ e, segundo alguns, ainda um círculo intermediário, o das “condições da ação”.

O juízo de admissibilidade do recurso tem sempre caráter preliminar, no plano lógico, em relação ao de mérito: se negativo o resultado daquele, restará impossível a apreciação da questão de mérito. Ao revés da solução de questão prejudicial, que predetermina o sentido em que se resolverá a prejudicada, a solução da questão preliminar impede o exame da questão subordinada, como é da sua natureza.⁶⁸

Posto isso, é tempo de se corrigir o mau vezo de rejeitar (ou desacolher) os embargos declaratórios sem dizer se deles não se conheceu ou se, deles se conhecendo, negou-se-lhes provimento – ainda que se possa continuar tolerando o de acolher os aclaratórios, já que, neste caso, apenas sofre a precisão terminológica, sem o acréscimo da ambigüidade: quem acolhe, necessariamente dá solução positiva a ambas as questões, o de admissibilidade e o de mérito.

No juízo de admissibilidade há de exercer-se, como acontece com qualquer outro recurso, o controle dos requisitos indispensáveis à interposição, quer os intrínsecos (*v. g.*, cabimento), quer os extrínsecos (como a tempestividade).⁶⁹ Nem se imagine que a avaliação do cabimento dos embargos declaratórios se possa confundir com o mérito do recurso: em seu juízo de admissibilidade, apura-se se o vício alegado pela parte é dos que autorizam a interposição. Assim, não se conhecerá do recurso se alegada contradição entre o julgado e outra manifestação do Juízo nos mesmos ou em outros autos; se for invocado erro substancial do julgado (de conceito e não de fórmula); se o recorrente aponta omissão quanto a tema estranho ao objeto do processo; se a alegada obscuridade acha-se em texto outro que não o da sentença (*v. g.*, em arrazoado da contraparte que a precedeu). A única hipótese que apresenta alguma complexidade, mas também facilmente se soluciona, é a do erro que o embargante inquina de formal mas pode ser substancial: ainda aí tudo se resolve pelo exame simples do alegado pela parte, *in status assertionis*: se o que ela assevera é a existência de algum dos vícios do artigo 535, cabe conhecer do recurso, ainda que, talvez, no exame do mérito, se venha a constatar que o embargante pretende na verdade a reforma do julgado – caso em que os embargos, conquanto deles se conheça, serão desprovidos.⁷⁰

Não se imagine que a distinção entre a decisão de não conhecer e a de negar provimento seja irrelevante do ponto de vista prático. Ela pode assumir enorme importância na medida em que, do recurso não se conhecendo, segundo respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial, ele não produzirá, em favor do embargante, a interrupção de prazo prevista no artigo 538 do Estatuto processual.⁷¹ A esse tema – o da interrupção de prazo e medidas sancionatórias impositivas ao recorrente malicioso – será dedicada atenção especial a seguir.

10. Em regra, a interposição dos embargos deve estancar o curso do prazo para a interposição de outros recursos acaso cabíveis (interrompendo-o ou suspendendo-o), como impõe o caráter integrativo dos aclaratórios. Rigorosamente, presente alguma das hipóteses do artigo 535, ainda não se tem como decidida em caráter final a causa (ou a questão a que o recurso se refira), pois a incorreta ou incompleta definição de seu con-

teúdo impossibilita às partes formular com segurança sua manifestação de inconformidade, ou até mesmo aquilatar da conveniência e cabimento dessa manifestação. O preciso teor do decisório embargado só será exatamente conhecido depois de integrada a sentença pelo julgamento do pedido de declaração.

De outra banda, como os embargos declaratórios sempre estiveram e continuam sob suspeita apriorística de servirem à chicana, e sabido que o agigantamento do volume de trabalho nos tribunais só faz aumentar o desapareço por esse remédio, preocupa-se o legislador em sancionar de modo efetivo e desestimulante o abuso no emprego do recurso aclaratório. Uma breve rememoração de como evoluiu a legislação pátria nesse particular é esclarecedora.

No anterior Código de Processo Civil, já se continha regra no sentido da sustação dos prazos recursais (artigo 862, § 5º), tendo variado durante sua vigência a opção entre suspensão e interrupção dos prazos e sobre limitar esse efeito ao caso de serem acolhidos os embargos.⁷² Na redação original, instituía-se a interrupção dos prazos para outros recursos, mas condicionada ao “acolhimento” dos embargos. A modificação introduzida passou a falar de mera suspensão dos prazos, mas ampliou os casos de aplicação do benefício, eis que, mesmo “rejeitados” os embargos, a suspensão poderia ainda ocorrer, se estes não fossem declarados manifestamente protelatórios.

Já o Código vigente (artigo 538 e seu parágrafo), em sua primeira versão, retornou à regra da mera suspensão, mas desligou essa ocorrência de qualquer consideração ligada à sorte do recurso. Aproveitou do estatuto anterior apenas a regra pertinente à constatação de serem “manifestamente protelatórios” os embargos, mas dela retirou qualquer repercussão sobre a contagem dos prazos: a sanção seria apenas pecuniária, consistente em multa de valor não superior a um por cento do valor da causa. Alteração superveniente voltou a conferir efeito interruptivo aos embargos e agravou a pena pecuniária para o caso de reiteração do recurso protelatório, acrescentando-lhe sanção gravíssima: só após o depósito do valor da multa exacerbada poderá a parte interpor outro recurso.

Esta última regra põe em foco o problema do conceito de reiteração, para o efeito de que se cuida. Em se tratando de disposição punitiva e limitativa de direito, precisa ser restritivamente interpretada: reiteração é a pura e simples repetição dos mesmos embargos declaratórios já declarados procrastinatórios.⁷³ Veja-se que os novos embargos (que não se limitem à repetição dos anteriores) podem ser absolutamente necessários, como no caso de se apresentar contraditória, omissa ou confusa a decisão dos anteriores – inclusive, quiçá, no que diz com a fundamentação da imposição e fixação da multa. Tenha-se em conta, mais, ser perfeitamente possível que, sendo mesmo protelatórios à evidência os embargos anteriores, sucessivamente assim declarados, não os sejam os novos – cuja interposição, mesmo assim, ficaria bloqueada pela norma até o depósito da multa.

Aliás, é perfeitamente razoável interpretar-se a parte final do parágrafo (que condiciona nova interposição a depósito da multa) como respeitante apenas a quaisquer outros recursos que não os embargos de declaração. Trata-se do mesmo argumento que se tem usado para sustentar que o remédio aclaratório é realmente um recurso, extraído do *caput* desse mesmo artigo 538.⁷⁴

À parte o problema de serem ou não protelatórios os embargos, merece atenção a questão dos embargos dos quais não se conhece (independentemente de terem ou não inspiração pro-

crastinatória). Não há razão alguma para que o julgamento dos embargos não obedeça à sistemática usual das decisões recursais, passando pela preliminar de conhecimento antes de ser apreciado seu mérito. Se os embargos, à semelhança do que pode ocorrer com qualquer outro recurso, são incabíveis, intempestivos ou por qualquer outra razão inadmissíveis, sua interposição efeito algum pode produzir, sequer aquele de interromper prazos, pelo menos no que diz respeito ao embargante.⁷⁵

Essa posição, porém, não pacifica os doutores e os tribunais. Há quem sustente ser a interrupção do prazo efeito automático e imediato do protocolo dos aclaratórios, independentemente do julgamento que quanto a eles se venha a proferir.⁷⁶ Alguns outros autores e julgados fazem uma distinção: os embargos inaptos a produzir efeito interruptivo seriam apenas os que se interpusessem intempestivamente.⁷⁷ Essa tese, porém, é de todo insustentável, primeiro porque nenhuma razão lógica autoriza a distinguir, para o efeito, os diferentes motivos de inadmissão; depois, porque, se tal distinção se devesse aceitar, seria necessário ponderar que o cabimento do recurso, qualquer que ele seja, constitui questão logicamente antecedente à da tempestividade: quanto a recurso incabível (*v. g.*, os declaratórios que apontam contradição entre a decisão embargada e outra anteriormente proferida) sequer cabe indagar de sua tempestividade.⁷⁸

Cumprе anotar, mais, que, a aceitar-se a interrupção dos prazos recursais pelo oferecimento dos embargos inadmissíveis, e ainda que gritantemente inadmissíveis, chega-se à possibilidade de eternizar a parte o processo, pela sucessiva e numericamente indefinida interposição de tais recursos. Dependendo dos interesses econômicos em jogo, e da freqüente disparidade entre eles e o valor atribuído à causa, a necessidade de depósito da multa não será contra-motivo suficiente. E o abuso poderá chegar a extremos absurdos. Veja-se, por exemplo, a assustadora possibilidade de chicana que escancara esta ementa:

“PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DECLARATÓRIOS JULGADOS PROTELATÓRIOS – EFEITO INTERRUPTIVO DO PRAZO – ARTIGO 538, P. ÚNICO, CPC.

I – Embargos declaratórios oportunamente apresentados, mesmo sendo reiteração de anteriores embargos e ainda que considerados protelatórios, interrompem o prazo para o recurso cabível da decisão embargada;

II – Precedentes;

III – Recurso conhecido e provido.”⁷⁹

Como se vê, esse julgado chega ao inacreditável extremo de admitir que a reprodução dos mesmos embargos já decididos, ainda que declarados protelatórios, tem o condão de impedir a contagem dos prazos recursais. Não está expressamente dito, mas o mesmo critério se teria de aplicar ao terceiro, quarto e quantos mais viessem recursos simplesmente idênticos aos anteriores. À parte o absurdo da tese, que ignora a noção de ser o processo algo que vai para frente, põe ela por terra a idéia de preclusão.⁸⁰

A solução que se impõe é, pois, aquela ditada pela teoria geral dos recursos: não constituem os embargos de declaração, conquanto dotados de algumas peculiaridades, no universo dos recursos, um *monstrum vel ostentum* que fuja à sistemática geral. Quer se trate deles, quer se cuide de outras vias de impugnação, é imperativo que se exerça sempre o juízo de admissibilidade do recurso e que, sendo negativo seu resultado, deneque-se à sua interposição qualquer efeito capaz de favorecer o

recorrente. Só assim se poderão resolver todos os casos segundo princípios e regras uniformes, sem a necessidade de atropelar toda a sistemática normativa e cortar o nó górdio (ou esmagá-lo a golpes de tacape...) ao invés de desatá-lo, como algumas vezes tem feito o Supremo Tribunal Federal, quando confrontado com casos extremos de abuso do direito de recorrer.⁸¹

Cumpra observar, com vênia para a repetição, que isso só será possível uma vez que se mantenham claramente separados os planos da admissibilidade e do mérito do recurso. O recurso de embargos do qual se conhece interrompe o prazo para a interposição de outros; para esse efeito, é irrelevante a solução que a ele se dê em seu merecimento, vale dizer, em termos de provimento ou não.

11. Como de passagem já se mencionou, é admissível o recurso de embargos declaratórios voltados ao esclarecimento de julgado proferido em anterior recurso da mesma natureza. O que – nunca será demais repetir – não se há de confundir com a reiteração dos mesmos embargos antes oferecidos: o vício legítimamente (obscuridade, omissão ou contradição) do novo recurso deve ser apontado na fórmula da decisão que se tenha proferido sobre os anteriores embargos, não na daquela outra primitivamente embargada. Seria, e. g., o caso da decisão que, em grau de embargos, reconhecesse a existência de omissão no julgado primeiramente embargado, mas, contraditoriamente, negasse provimento ao recurso de esclarecimento.⁸² Ou, com maior incidência estatística, aquela que se faz omissa no explicitar os motivos pelos quais “rejeita” os embargos. Aliás, é da maior importância registrar que toda e qualquer decisão de embargos declaratórios que declare “rejeitá-los”, ainda que fundamentada, é obscura quanto ao exato sentido do julgamento e omissa quanto à questão de ter-se conhecido ou não do recurso. E torna-se ela própria, portanto, embargável por qualquer desses dois pecados.

Não se poderá admitir, de outra banda, a iterativa reprodução do mesmo pedido de esclarecimento. Isso seria tão absurdo quanto aceitar-se a renovação, em nova apelação ou recurso qualquer que já se tenha julgado, das mesmas alegações e de idênticos pedidos recursais já apreciadas aquelas e solucionados estes. É fácil constatar-se aí a absoluta falta do interesse em recorrer quanto a matéria que, por hipótese, estaria já solucionada em resposta a recurso da mesma espécie. Não há de ser outro o raciocínio quando se cuida de embargos de declaração: em caso de reiteração pura e simples do pedido recursal, dele não há de conhecer o órgão julgador; mais do que isso, seria esse caso de identificação *ipso facto* do manifesto propósito protelatório, capaz de atrair a imposição das sanções legais correspondentes (artigo 538 do CPC).

Assim, se a decisão dos embargos, fundamentadamente, estatuir que não ocorreu no decisório embargado o vício nele apontado de omissão, contradição ou obscuridade, ao embargante não é dado insistir na existência dessas baldas mediante novos embargos.⁸³ Pode, sim, atacar a nova decisão, mas por outra via recursal acaso cabível; pode, também, embargar dela, mas só se nela mesma apontar algum daqueles defeitos que constituem pressupostos do recurso de esclarecimento. Só uma hipótese pode ocorrer de reiteração do mesmo pedido de esclarecimento posto no primeiro recurso de embargos: a de, no julgamento destes, omitir-se o órgão julgador quanto ao respectivo conteúdo. Nesse caso, a excepcionalidade é apenas aparente: o ponto a ser esclarecido estava na decisão primitiva, mas também se faz presente na nova e o fundamento do recurso acha-se no julgamento defeituoso dos primeiros embargos

Também não se admite o embargante à interposição de novo recurso aclaratório para apontar e pedir a correção de vícios da primitiva decisão sobre os quais tenha silenciado ao formular os primeiros embargos. Se, por exemplo, a sentença foi omissa e contraditória, ou omissa quanto a mais de um aspecto, e veio a ser embargada com vistas à correção de um só desses vícios, já não será lícito ao embargante voltar à carga com novo recurso de igual natureza para pleitear a sanação de qualquer dos outros.⁸⁴ Relativamente a esses outros pontos, nos quais se identificariam vícios típicos, ter-se-ia dado a preclusão consumativa (e provavelmente também a temporal), a impedir a reposição do tema à apreciação judicial por via de novos embargos.⁸⁵ À parte a insustentabilidade da tese oposta por razões de técnica jurídico-processual, a embargabilidade por partes favoreceria ainda mais o tão temido emprego dessa modalidade recursal como via de procrastinação.

Ainda nessa ordem de idéias, cabe indagar da admissibilidade dos embargos de declaração interpostos de acórdão que haja simplesmente “confirmado” a sentença (ou decisão) na qual já estava presente a omissão, obscuridade ou contradição, sem que ela, sentença, haja sido embargada. Há que distinguir se o tema relativamente ao qual ocorrer o vício típico estava ou não abrangido pela devolução decorrente do recurso anterior: se devolvido, a seu respeito deveria ter-se manifestado o tribunal, e o acórdão é embargável; se não, omissão alguma pode ser debitada ao colegiado, que não tinha como examinar aquele tema – e não se admitem os aclaratórios.⁸⁶

12. As breves notas que vêm de ser alinhadas quanto a alguns aspectos dos embargos declaratórios são suficientes para colocar em evidência sua enorme importância e a função vital que desempenham no processo.

Por menos que se acredite no processo como obra de colaboração e por mais que se o veja como um campo de luta,⁸⁷ é fácil identificar no mecanismo processual de que cuidamos – cujo *nomen juris*, entre nós, é o de embargos de declaração – uma das situações em que esse componente de cooperação se apresenta com maior visibilidade. De algum modo, a parte que pede nova manifestação do Juízo oferece a este elementos com os quais poderá contribuir efetivamente para a formação do decisório em sua configuração definitiva. Mais diretamente do que em outra situação qualquer, o litigante participa da formulação do ato judicial, introduzindo nele uma contribuição sua. Quando o pedido de complementação ou de esclarecimento é acolhido, incorpora-se ao julgado um elemento que não fora percebido ou não fora sopesado, ou, ainda, não fora claramente definido pelo órgão julgador, entrando a fazer parte da decisão um componente que até então lhe era estranho, oferecido pela parte já no curso do trâmite decisório.⁸⁸ O alerta da parte terá servido ao juiz para indicar-lhe um caminho de aperfeiçoamento do seu ato.

Essa primeira constatação deveria ser suficiente para conduzir os juizes a uma postura mais condescendente para com as inquietações do embargante e de maior tolerância em face da sua eventual insistência. Aliás, um quê de compreensão e tolerância, de disposição para rever convicções e de consciência das próprias e naturais limitações é uma das marcas mais fortes dos grandes juizes. A intransigência, a inclinação para o melindre fácil, a repulsa preconcebida à crítica e a falta de abertura para a ponderação das idéias alheias constituem o pólo oposto dessa virtude. Tenho repetido incansavelmente – desde o tempo em que exercia a judicatura – que o pior dos juizes, o mais temí-

vel, é aquele que não pode ser convencido. Aliás, esse não é Juiz.⁸⁹

Cabe repetir, ainda a esse propósito, sábia manifestação de um grande juiz e jurista:

“O que eu gostaria muito de transmitir, já no planalto da minha biografia, mas sempre com muito amor pela Justiça, é que o Juiz não precisa demonstrar a sua força. Ao contrário, ele precisa demonstrar a sua competência, a sua capacidade, inspirando o respeito da sociedade.”⁹⁰

Quando confrontado com a afirmação de existirem em sua decisão assertos insuficientemente claros, ou suscetíveis de interpretações diversas, ou proposições entre si incongruentes, ou ainda pontos de sombra em áreas que deveriam ter sido iluminadas pela fundamentação e definidas pelo *decisum*, não há razão para que o decisor se sinta de algum modo ofendido ou afrontado em sua credibilidade e proficiência funcional.⁹¹ O julgado é obra humana, ainda que produzida por pessoas dotadas de qualificações superiores às do homem mediano, e não pode ser imune a deficiências dessa ou de outra ordem. Esse dado indutivo, antes mesmo da lei do processo, aponta a inevitabilidade de semelhantes ocorrências, às quais é preciso dar remédio específico e adequado. Mais: se o próprio convencimento judicial, em sua mesma substância, em seu mérito, pode ser atacado pela via do recurso, não há razão alguma para melindres ou suscetibilidades em face de uma increpação bem menos “agressiva” ou constrangedora, qual seja a de falta de clareza, coerência interna ou completude.

E, não obstante, o que se vê com frequência crescente e lastimável é a manifesta má-vontade e impaciência dos órgãos jurisdicionais para com o emprego dos embargos de declaração, que, a rigor, em sua grande maioria, não estão mais sendo sequer analisados. A praxe cada vez mais firme é a de “rejeitá-los” (com o que não se fica a saber sequer se do recurso não se conheceu ou se lhe foi negado provimento) sem qualquer exame ou fundamentação. Sem alusão alguma à matéria do recurso, sem a exposição de um só fundamento, repele-se o pedido recursal em quatro ou cinco linhas – ou menos, como neste exemplo extremo:

“Nego seguimento a ambos os recursos por inexistirem mossas, e sim, inconformismo mesclado de emulação.”⁹²

Posto que de recurso se trata *ex vi legis*, tanto quanto qualquer outro este reclama fundamentação, mínima que seja. Como em qualquer outra situação similar, o julgamento é ato de razão e não ato de arbítrio. Assertivas dogmáticas e genéricas sobre a desnecessidade de responder o juiz, um por um, aos argumentos das partes; sobre a suficiência da motivação ou sobre a inadequação do recurso por buscar modificação substancial do julgado (para mencionar apenas algumas das mais repetidas) não dispensam a demonstração de pertinência delas em consideração ao caso concreto, sem o que motivação não há.

Ninguém ignora as condições de extrema sobrecarga em que trabalham hoje os órgãos jurisdicionais. Igualmente notória e universal é a preocupação com a “celeridade” como valor supremo (e, contudo, consoante indica a prática do foro, cada vez mais distante). Estou a propor, na verdade, que se pare para refletir até que ponto é justificável essa prioridade absoluta, valorizada ao extremo de sacrificar a qualidade mínima das decisões. A demora faz parte do preço a pagar pelo mínimo de justiça que se tem o direito de esperar do processo, e que é, ao fim e ao cabo, a sua única razão de ser.⁹³ Que se pense em voltar a encarar cada litígio como realidade concreta e autônoma,

merecedora de análise e solução na sua individualidade única. Que se volte a exercer, enfim, jurisdição.⁹⁴

Ora, mais do que em qualquer outro momento ou situação do processo judicial, a simplificação e a desconsideração do caso concreto se têm feito presentes no “julgamento” dos embargos de declaração. É certo que isso se deve, em magna parte, ao número gigantesco de interposições desse recurso, ao seu abastardamento pelo abuso. A responsabilidade mais visível por esse fenômeno se deve, por certo, aos advogados, que não raro se servem dos embargos tão-somente para ganhar tempo, inclusive com vistas à elaboração de outras peças recursais. Mas, por outro lado, não se negará que a pobreza e superficialidade da fundamentação das decisões, nos tempos mais recentes, estimulam essa prática condenável, porque as imperfeições de que trata o artigo 535, se procuradas com atenção, podem ser encontradas em quase todas elas. Trata-se de um círculo vicioso: julgam-se superficialmente os aclaratórios porque eles são por demais numerosos; eles se multiplicam porque também as decisões em geral oferecem muitos flancos aos embargos. E, na esteira, tanto advogados quanto juízes tendem cada vez mais a desvalorizar o remédio – desapareço que e estende às medidas sancionatórias autorizadas em lei e minimamente utilizadas.

13. Impõe-se, pois, buscar meios de resgatar esse remédio processual sumamente útil e importante, hoje lançado ao mais completo descrédito. Independentemente de medidas legislativas, cujos duvidosos e escassos resultados temos comprovado no curso da reforma processual em andamento, muito se pode fazer pela via da interpretação criativa e fiel a critérios teleológicos do *jus positum e*, em alguns casos, pela sua simples aplicação.

a) Uma das fontes de infindável multiplicação dos recursos de embargos deflui da exigência de menção explícita e individualizada dos “artigos de lei” violados – que, segundo penso, encerra demasia de formalismo. Poderia ela ser facilmente estancada uma vez que o Supremo Tribunal Federal retornasse à posição tomada em julgamento histórico no pertinente à dispensa dessa menção explícita.⁹⁵ Milhares de recursos aclaratórios são manejados junto às instâncias ordinárias com a simples e única finalidade de pedir ao tribunal local a menção de artigos de lei, ordinariamente inferível dos termos do próprio julgamento recorrido.

A comprovação cabal da desnecessidade dessa direta referência às disposições legais acha-se na própria jurisprudência mais antiga da Suprema Corte, como na atual e pacífica do Superior Tribunal de Justiça com pertinência ao recurso especial.⁹⁶

b) Do meu ângulo de vista, exposto nas considerações precedentes, o assim chamado requisito do questionamento, conquanto condicionante da admissibilidade das impugnações excepcionais, deve ser assim mesmo denominado, sem o prefixo usual. Não se trata de mera preferência terminológica, mas de deixar claro que o surgimento da questão federal fundante do recurso nobre não precisa ser anterior à decisão recorrida, nem resulta obrigatoriamente da iniciativa do recorrente. Ela pode entrar no julgado pela mão do próprio órgão jurisdicional (legal ou ilegalmente!), caso em que essa introdução *ex officio* do tema por si mesma configura a situação constitucionalmente fixada como autorizadora do recurso.

Constitui rematado absurdo submeter-se a recorribilidade extrema à condição do manejo prévio dos embargos declaratórios, por essa só circunstância. Por hipótese, nada há para escl-

recer, complementar ou harmonizar. Não há de ser por homenagem ao suposto requisito do pré-questionamento que se irá admitir a desnecessária multiplicação de pedidos de declaração – até porque, na situação figurada, a manifestação da parte viria depois do julgamento do qual se vai recorrer.⁹⁷

c) Quando o órgão jurisdicional *a quo*, mesmo provocado pela via dos embargos de declaração, recusa-se a solucionar a questão sobre a qual se omitira, deve ser admitido o recurso excepcional não apenas com objeto na nova omissão, mas também na substância do julgado anterior. Ouso afirmar que a tese oposta, consagrada pela Súmula 211-STJ,⁹⁸ a mais de quebrar os princípios gerais que o Código de Processo consagra quanto às nulidades processuais, é responsável pela desnecessária interposição de miríades de recursos aclaratórios e, portanto, por uma parcela considerável do abarrotamento dos tribunais.

De duas uma: ou a questão existia como tal (no conceito amplo que vem e ser formulado) e a omissão ocorreu, ou ela era estranha ao objeto do processo e não cabe falar de omissão. Nesta última hipótese, a negativa de provimento aos embargos está correta, *nulla quaestio*. Mas se ela pertencia ao âmbito do *thema iudicandum*, a reiterada omissão de seu exame não deve ter o condão de afastar a competência constitucional do tribunal superior para dirimi-la na via excepcional, como vem decidindo o Supremo.⁹⁹ Como regra, os dados necessários à identificação do ponto litigioso estarão presentes no debate e, particularmente, na petição de embargos, de sorte que não haverá dificuldade em traçar os contornos admissíveis do apelo excepcional.

A anulação do julgado (como a de qualquer outro ato) é sempre indesejável, e só se justifica em caso de lesão efetiva ao interesse de alguma das partes ou ao interesse público. A limitação do objeto do recurso a esse tímido escopo, além de estimular, no afã de evitá-la, o emprego dos tão mal-falados “embargos em cascata”, dobra, ao invés de reduzir, o trabalho dos tribunais, o de origem e o de superposição: ao invés de um julgamento, cada um deles terá de proferir dois ou mais.

d) Conquanto meritória, não se afigura por ora factível, em atenção à invencível e incontrastável resistência dos tribunais superiores, a tarefa de abolir de vez o próprio conceito de pré-questionamento, que a rigor já não se deveria manter à luz do vigente texto constitucional.¹⁰⁰ Mas, em face dessa impossibilidade, que pelo menos se ponha freio ao progresso da idéia cada vez mais disseminada segundo a qual, ao lado dos embargos “para esclarecer”, viceja a categoria dos embargos “para pré-questionar”, mercedores de tratamento diferenciado em relação àqueles. A distinção é artificial: os embargos são os mesmos e seus requisitos são os do artigo 535.

Nesse particular, *venia concessa*, não há como se ignorar a influência negativa que exerce a súmula 98 do Superior Tribunal de Justiça.¹⁰¹ Tal como vem sendo aplicada, ela fornece verdadeiro salvo-conduto ao embargante, inclusive o malicioso, contra a sanção legal estipulada para os casos de embargos manifestamente protelatórios. Basta acenar com a intenção de recorrer extraordinariamente e alegar que para isso necessita de esclarecimento, para forrar-se o recorrente à multa. Certo, há o requisito do notório propósito de pré-questionar, mas como aferir-se a notoriedade senão pela assertiva da parte?

A aferição do caráter manifestamente protelatório dos embargos só se pode fazer por meio do exame dos requisitos legais de sua interposição. Manifestamente protelatórios serão os que

evidentemente não correspondam à previsão legal de sua admissibilidade; não há outro critério objetivo e juridicamente aceitável, já que não é possível penetrar na esfera íntima das intenções e das motivações individuais.

A índole protelatória do recurso (aferível a partir de sua manifesta inadmissibilidade ou da fundamentação tergiversante) e o objetivo de pré-questionar (respeitante ao âmbito da volição do recorrente) pertencem a esferas lógicas distintas e inconfundíveis. Não há como possa uma influir sobre a outra. Trata-se de como e de por quê.

O que transparece realmente da súmula em questão é aquela idéia falsa da distinção entre embargos de declaração e embargos pré-questionadores, que se intrometeu indevidamente na doutrina e na jurisprudência como uma das tantas conseqüências indesejáveis da invenção de um pressuposto recursal destituído de base normativa.

e) A questão da imposição das sanções do artigo 538, parágrafo, do CPC é sumamente delicada. De um lado, doutrina e jurisprudência – tanto quanto o senso comum – recomendam largueza de vistas e tolerância para com as angústias da parte que busca esclarecimento do julgado. De outra banda, é necessário coibir com energia e presteza, e com particular rigor nesse terreno especialmente propenso a ela, a litigância maliciosa.

Relativamente ao tema, só a prudente e cuidadosa análise de cada caso concreto pode oferecer a solução. Existirão, por certo, casos em que a inspiração procrastinatória estará saliente, como na reiteração pura e simples dos mesmos embargos já desestimados, ou no pedido recursal que postula claramente o rejuízo da causa, ou ainda nos embargos que se abstenham de indicar com clareza qual o vício fundante.

A interposição sucessiva de vários recursos de embargos pode ser um indício de malícia, mas não pode servir, por si só, como critério para definir a busca da protelação. Não é raro que a repetição se faça necessária por real insuficiência do julgamento dos anteriores embargos.¹⁰² E já se viram casos de provimento do quarto ou quinto recurso de embargos declaratórios.

A sanção legal, de outra banda, deve ser aplicada com rigor e sem vacilações, sempre que as circunstâncias evidenciem o intuito protelatório, com fundamentação sólida a eliminar toda dúvida quanto ao convencimento do julgador.

f) Certo que, de *lege lata*, trata-se de recurso, impõe-se dispensar aos embargos declaratórios, no aplicável, a disciplina correspondente, inclusive no que toca às etapas do julgamento: admissibilidade e mérito. O não conhecimento dos recursos que claramente objetivam a direta modificação do julgado mediante rejuízo da causa, dos intempestivos, dos manifestamente incabíveis e outros que tais, abriria caminho à sanção que, real e efetivamente, produziria drástica redução do número de tais recursos: a negativa a eles da eficácia interruptiva de prazos.

O abuso do recurso, na verdade, deve-se em grande parte, à certeza da impunidade, eis que a caracterização plena e fundamentada do propósito protelatório é de veras difícil e trabalhosa para o julgador, que dela se utiliza com notável e compreensível parcimônia. Uma vez que o simples fato de não se conhecer dos embargos conduzisse àquele efeito – em afinção com a teoria geral dos recursos e com a melhor doutrina – é certo que um grande número de pedidos aclaratórios deixaria de ser aforado.¹⁰³

BIBLIOGRAFIA:

- ALMEIDA BAPTISTA, Sonia Marcia Hase de. *Dos embargos de declaração*, 2ª ed., São Paulo, 1993.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3ª vol., 3ª ed., São Paulo, 1980.
- AMORIM, Aderbal Torres de. *Recursos Cíveis Ordinários*, Porto Alegre, 2005.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos. “Sobre os embargos de declaração”, in *Revista dos Tribunais*, n° 595, p. 15.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro, 2000.
- ARRUDA ALVIM Wambier, Teresa. *Omissão judicial e embargos de declaração*, São Paulo, 2005.
- _____. *Os agravos no CPC brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, 2006.
- Athos Gusmão Carneiro, “Os embargos de declaração e a Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal”, no volume *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 479, São Paulo, 2005, organizado por Flávio Luiz Yarshell e.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, 7ª ed., Rio de Janeiro, 2005.
- BAPTISTA MARTINS, Pedro. *Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, São Paulo, 1957.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*, Rio de Janeiro, 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 11ª ed., Rio de Janeiro, 2003.
- _____. *O Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis*, Rio de Janeiro, 1968.
- _____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, Rio de Janeiro, 1967.
- Bermudes Sergio. *Notas de atualização aos Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973) de Pontes de Miranda*, t. VII, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1999.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII, 2ª ed., São Paulo, 1977.
- _____. *Introdução ao Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1995.
- Betti, Emilio. *Diritto Processuale Civile*, Roma, 1936.
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, Rio de Janeiro, 2002.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, 1996.
- _____. *Capítulos de sentença*, São Paulo, 2002.
- ELIZONDO GASPERÍN, María Macarita. *Relaciones entre las Partes, los Jueces y los Abogados*, relatório geral para o tema no XII Congresso Mundial de Direito Processual, México, 2003.
- Fabrício de Mello, Andréa Cherem. “O pré-questionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial”, *Revista de Processo* n° 132.
- Fabrício, Adroaldo Furtado. “Relações entre as partes, os juízes e os advogados”, relatório nacional brasileiro sobre o tema para o XII Congresso Mundial de Direito Processual, publicado no volume *Relaciones entre las Partes, los Jueces y los Abogados*, coordenado pela Relatora-Geral María Macarita Elizondo Gasperín, México, 2003.
- _____. *A ação declaratória incidental*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1996.
- _____. *Poder Judiciário – Flagrantes Institucionais*, Porto Alegre, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 7, São Paulo, 2001.
- FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de (coord.). *Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*, São Paulo, 2001.
- FREderico MARQUES, José. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1969.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª vol., São Paulo, 1974.
- GARCIA MEDINA, José Miguel. *O pré-questionamento nos recursos extraordinário e especial*, 2ª ed., S. Paulo, 1999.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Q. v. Grinover, Ada Pellegrini.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, Gomes Filho, Antonio Magalhães e Scarance Fernandes Antônio. *Recursos no processo penal*, São Paulo, 1996.
- _____. *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, 1990.
- _____. “Litisconsórcio necessário e nulidade do processo (matéria que independe de pré-questionamento)”, na *Revista dos Tribunais* n° 804, p. 108.
- JUNQUEIRA, Maria Cláudia. *Equívocos jurisprudenciais – limites do acesso aos tribunais superiores*, Porto Alegre, 2005.
- LACERDA, Galeno. “Críticas ao pré-questionamento”, na *Revista dos Tribunais*, vol. 758, p. 68.
- _____. “Parecer” publicado na *Revista Forense* n° 346, p. 199.
- LAURIA TUCCI, Rogério. *Curso de Direito Processual Civil (Processo de Conhecimento)*, vol 3, São Paulo, 1989.
- LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Rio, 1982 (atualizada por Sálvio de Figueiredo Teixeira).
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Recurso especial: ordem pública e pré-questionamento”, no vol. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 728.
- MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *A Revisão do Código de Processo Civil*, *Revista Forense*, n° 114, p. 8.
- _____. *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1969.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 9ª ed., São Paulo, 2006.
- MATTOS E SILVA, Bruno. *Pré-questionamento, recurso especial e recurso extraordinário*, Rio de Janeiro, 2002.
- MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*, Milano, 1963 (reimpressão).
- MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. “A decisão judicial”, no volume *Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar*

- Ferreira Maciel, coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 99, São Paulo, 2001.
- MILHOMENS, Jônatas. *Dos Recursos Cíveis*, Rio de Janeiro, 1991.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Demasiados recursos?”, nesta coletânea.
 _____. *Sentença e Coisa Julgada*, Rio de Janeiro, 1992.
 _____. “Pré-questionamento”, na Revista Forense, nº 328, p. 37.
 _____. Estudos sobre a Reforma Processual, Curitiba, 1969.
- MORAES, Maurício Zanoide de (org.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, 2005.
- MOREIRA PIMENTEL, Wellington. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, 2ª ed., São Paulo, 1979.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*, 3ª ed., 2ª tir., São Paulo, 2003.
- Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. II.
 _____. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. VII, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1999.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1980.
- ROSAS, Roberto. *Direito sumular*, 11ª ed., São Paulo, 2002.
- SCARANCA FERNANDES, Antônio. Q. v. Grinover, Ada Pellegrini.
- SEABRA FAGUNDES, M. *Dos embargos de declaração*, na Revista Forense, nº 126, p. 18.
- SILVA, Antônio Carlos da. *Embargos de declaração no processo civil*, Rio de Janeiro, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, São Paulo, 1963.
- TESHEINER, José Maria Rosa. “Em tempo de reformas – o reexame das decisões judiciais”, nesta coletânea.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro”, no volume Abuso dos direitos processuais, coordenado por José Carlos Barbosa Moreira, p. 93, Rio de Janeiro, 2000.
 _____. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*, Rio de Janeiro, 1999).
- YARSHHELL, Flávio Luiz (org.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, 2005.
- Julgado Civil, sob minha coordenação, p. 392 (iniciado à p. 383). Rio de Janeiro, 2007, nesta coletânea).
- Francisco Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil*, p. 664 (Barcelona, 1980).
 - É por demais otimista, para não dizer quimérica, a idéia de que as partes, atuando *ut cives*, são também agentes do interesse público em que as lides sejam corretamente resolvidas. O interesse de cada uma delas é interesse em que se lhe reconheça razão; o do Estado é o de dar razão a quem a tiver: cf. Emilio Betti, *Diritto Processuale Civile*, p. 5 (Roma, 1936).
 - Cf. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. VII, p. 313, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1999. E. D. Moniz de Aragão dedicou especial atenção ao instituto em mais de uma oportunidade, com excelente inventário da história, da doutrina e do direito comparado – v. g., em seus magistrais Estudos sobre a Reforma Processual, p. 24, Curitiba, 1969. Tornando ao tema ainda antes da unificação legal dos regimes segundo se trate de sentenças ou acórdãos, reafirmou sua convicção de não se cuidar de recurso em nenhum dos casos: Sentença e Coisa Julgada, p. 148, Rio de Janeiro, 1992. Continua hoje a sustentar igual convencimento, no artigo “Demasiados Recursos?”, nº 10 – nesta coletânea.
 - Registrando esse dado, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes aditam que o mesmo ocorre nas legislações da Alemanha, Áustria, Itália, França e Espanha: *Recursos no processo penal*, p. 228 (São Paulo, 1996).
 - Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V., p. 542, 11ª ed., 2003.
 - Pontes de Miranda, *Comentários e t. cit.*, p. 319.
 - Sergio Bermudes, *Introdução ao Processo Civil*, p. 160, Rio de Janeiro, 1995; id., *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII, p. 223, 2ª ed., São Paulo, 1977 – reportando-se, aqui, a uma lição de Machado Guimarães, que distingue na decisão judicial (como em qualquer outra manifestação do pensamento) – “o conceito – que é aquilo que o espírito do juiz concebeu – da fórmula – que é a expressão material desse conceito.” (“A Revisão do Código de Processo Civil”, Revista Forense, nº 114, p. 8). O alvo do pedido de declaração é a fórmula, não o conceito.
 - Em tempos, julgou-se algumas vezes que a contradição entre a ementa e algum tópico do acórdão não autorizava os aclaratórios (v. g., STF, 2ª T., RE 88.690-SP, 19-6-78), mas essa orientação nunca foi a melhor. Hoje, em face do disposto no artigo 563, dúvida alguma pode caber: a ementa integra o acórdão e com seus demais elementos tem de harmonizar-se.
 - Cf. Aderbal Torres de Amorim, *Recursos Cíveis Ordinários*, p. 173 (Porto Alegre, 2005).
 - Athos Gusmão Carneiro, “Os embargos de declaração e a Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal”, no volume Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, p. 482 (iniciado à p. 479), São Paulo, 2005, organizado por Flávio Juiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes.
 - Wellington Moreira Pimentel, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, p. 546 (2ª ed., São Paulo, 1979), autor que, por sua vez, remete a uma lição de Pedro Baptista Martins, *Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, p. 361 (São Paulo, 1957).
 - Ada Pellegrini Grinover, *Novas Tendências do Direito Processual*, p. 306, citando julgados que destacam essa particularidade (Rio de Janeiro, 1990). A ilustre processualista demonstra aí que, ainda na vigência do CPC de 1939, a controvérsia em torno da suspensão dos prazos para outros recursos para ambas as partes resolvia-se pela afirmativa.
 - Fartas indicações bibliográficas, em ambos os sentidos, encontram-se em Barbosa Moreira, *O Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis*, p. 23, Rio de Janeiro, 1968. Há

NOTAS:

- “Justa”, assim, entre aspas, porque o Direito não pode trabalhar jamais com absolutos, buscando valores que se acham fora do seu poder de controle. Decisão justa há de ser, pois, aquela que guarda conformidade ao sistema jurídico preexistente, nada mais. Todos os jusnaturalismos, explícitos ou disfarçados, velhos ou redivivos, estão fora da linha de cogitação do presente estudo. “O que se perquire é a adequação do suposto verificado com o suposto alegado, a fim de se determinar sua aptidão ou inaptidão, para produzir a consequência pretendida, o que levou a dogmática a elaborar o conceito de tipo e a dar relevo ao problema da tipicidade intrínseca do próprio direito.” (Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 27, Rio, 2002).
- “Sentença de um juiz experiente pode ser substituída por uma decisão pensada e redigida por um assessor noviço.” (José Maria Rosa Tesheiner, “Em tempo de reformas – o reexame das decisões judiciais”, no volume Meios de impugnação ao

- também ampla notícia da controvérsia e bom resumo dos argumentos contrapostos em Jônatas Milhomens, *Dos Recursos Cíveis*, p. 289 e ss., Rio de Janeiro, 1991.
16. José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, 3º vol., p. 161, São Paulo, 1974) – justificada a referência à “dúvida” por constar do texto legal então vigente. Ainda na vigência do Código de 1939, esse já era o parecer do saudoso mestre: *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, p. 220 (3ª ed., Rio, 1969). Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3º vol. p. 142, desenvolve raciocínio semelhante (3ª ed., São Paulo, 1980).
 17. Sobre isso, especial atenção merece o estudo de Athos Carneiro citado à nota 12.
 18. Refiro-me a uma divergência honesta e justificada, não aos casos de possível malícia na interposição dos aclaratórios, remédio que, por certo, mais do que os recursos típicos, “enseja vasta possibilidade de chicana e maliciosa procrastinação do processo” (Humberto Theodoro Júnior, “Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro”, no volume *Abuso dos direitos processuais*, coordenado por José Carlos Barbosa Moreira, p. 121 (iniciado à p. 93), Rio, 2000).
 19. Concorre para a necessidade de admitir-se a fungibilidade recursal na hipótese a vacilação da jurisprudência quanto a vários aspectos do recurso de embargos, em especial a da instância unificadora: cf. Aderbal Amorim, *Recursos cíveis...* cit, pp. 186-7.
 20. Registra-se o parecer contrário, mas isolado, de Pontes de Miranda, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil* (de 1973) cit., tomo VII, p. 325. Como observa o atualizador Sérgio Bermudes, à nota 346 na mesma página, a doutrina e a jurisprudência desamparam semelhante posição. Aliás, o anotador identifica a origem do erro: Pontes cuida do tema com os olhos no direito germânico, que contém mecanismo específico, diverso dos embargos declaratórios, para solucionar ocorrências dessa natureza. No sentido do texto, explicitamente, Aderbal Torres de Amorim, *Recursos cíveis ordinários*, p. 27, e, quanto à falta de fundamentação, José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*, p. 143 (São Paulo, 1987).
 21. Não parece necessário insistir em que as interlocutórias comportam também o pedido de declaração, afastada a interpretação literal do artigo 353, inciso I. Sobre isso, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 588 (4ª ed., São Paulo, 2006). Em seu já citado volume V dos *Comentários ao CPC*, p. 544 (nº 298) e nota 6, Barbosa Moreira ilustra a tese com volumosa abonação doutrinária e jurisprudencial, refutando cabalmente as objeções de Wellington Moreira Pimentel, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, p. 550 (2ª ed., São Paulo, 1979) e Rogério Lauria Tucci, *Curso de Direito Processual Civil* (Processo de Conhecimento), vol. 3, p. 389 (São Paulo, 1989). Tempos houve em que a jurisprudência do STJ vacilou quanto ao ponto, mas sua Corte Especial sepultou a divergência no julgamento do EREsp. 159.317/DF, em 7-10-98, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in Rev. For.*, nº 349, p. 235.
 22. Pontes de Miranda, *Comentários ao CPC*, tomo cit., pp. 328-9
 23. Pode-se exemplificar com esta passagem de Theodoro Júnior, *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*, p. 166 (Rio, 1999): “Como para a sentença o único recurso previsto é a apelação, e para a decisão interlocutória o agravo, não há fugir do princípio da unirrecorribilidade no processo civil brasileiro, pelo menos quanto aos julgamentos do primeiro grau de jurisdição.” No mesmo equívoco incide Cândido Dinamarco, *Capítulos de sentença*, p. 115, nº 53 (São Paulo, 2002).
 24. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VII, p. 341 (nota do atualizador Sérgio Bermudes nº 373, iniciada à p. 338, reproduzindo o texto que, com a atualização, foi substituído), 3ª ed., Rio, 1999.
 25. Aliás, o próprio Estatuto processual deixa claro que ao juiz é dado alterar o julgado “por meio de embargos de declaração” (artigo 463). “Através de seu inciso II, o artigo 463 declara, com todas as letras, a possibilidade de alteração da sentença por meio de embargos de declaração. Realmente, a análise do artigo 535 do Código de Processo Civil revela que na potencialidade própria dos embargos de declaração está contida a força de alterar a decisão embargada, na medida em que isto seja necessário para atender a sua finalidade legal de esclarecer a obscuridade, resolver a contradição ou suprir a omissão verificada naquela decisão. (...) Qualquer restrição que se oponha à essa força modificativa dos embargos de declaração nos estritos limites necessários à consecução de sua finalidade específica constituirá artificialismo injustificável, que causará a mutilação do instituto.” (A. C. Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, p. 267 (Rio de Janeiro, 2000). O mesmo autor tratou do tema em seu artigo “Sobre os embargos de declaração”, *in Rev. dos Tribs.*, nº 595, p. 15.
 26. Barbosa Moreira, *Comentários e vol. cit.*, p. 556, com remissão a lições de Machado Guimarães, parecer *in Estudos de Direito Processual Civil*, p. 225 (Rio, 1969), a Seabra Fagundes e a Frederico Marques.
 27. Também sobre isso, Barbosa Moreira, *Coment. ao CPC*, vol. cit, p. 556, com citação de precedentes do STJ; Moniz de Aragão, *Sentença e coisa julgada* cit., p. 161.
 28. Demonstra-o com clareza Machado Guimarães, no artigo citado à nota 9.
 29. A doutrina e os julgados nem sempre se mostram claros quanto à distinção entre erro material, passível de correção via embargos, de um lado, e, de outra banda, erro de fato e erro de direito, estes respeitantes não à fórmula, mas ao conceito e, por isso, insuscetíveis de ataque por essa via. Uma excelente análise dessa polêmica distinção pode ser encontrada em Pontes de Miranda, *Comentários ao CPC*, tomo cit., pp. 328-9, apontando a existência de uma zona cinza e concluindo, acertadamente a meu sentir, pela admissibilidade dos aclaratórios nos casos duvidosos.
 30. Aliás, com alguma largueza de vistas, essas hipóteses podem ser consideradas como de omissão: deixou o julgado de apreciar certo dado relevante, por não havê-lo percebido.
 31. STJ, 1ª Seção, EDcl-MS 287-DF, Rel. Min. Peçanha Martins, em 11-2-92, *in RSTJ* 39/289. Em sentido semelhante, STF, 1ª Turma, RE 85.039-DF, Rel. Min. Thompson Flores, *in RTJ* 89/548. Mais recentemente: STJ, 1ª Turma, EDcl no AgRg no REsp. 706.766/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 18-5-2006.
 32. Notou-o Cândido Dinamarco, *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 206 (3ª ed., São Paulo, 1996).
 33. Cf. Aderbal Amorim, *Recursos...* cit., p. 190. A questão não é nova: dela cuidara Seabra Fagundes no longínquo ano de 1929, “Dos embargos de declaração”, na *Revista Forense*, nº 126, p. 18.
 34. Nesse sentido, entre outros, Barbosa Moreira, *Coment...* e vol. cit., p. 553, nº 303; Cândido Dinamarco, *A reforma...* cit., p. 206; Aderbal Amorim, *Recursos...* cit., p. 189. Este último aponta que o juiz ou relator haveria de mandar ouvir o embargado no voto ou na decisão; na verdade tem de fazê-lo em momento anterior; quando percebe a possibilidade de assumirem os embargos efeito infringente.
 35. Prequestionamento, sem hífen, é a forma usual nos pretórios, mas, além de não dicionarizada, não parece justificar-se do ponto de vista lingüístico.
 36. Galeno Lacerda, por exemplo, exara áspera crítica à exigência, com vasta abonação doutrinária, em “Parecer” publicado na *Revista Forense* nº 346, pp. 199 e ss. Até certo ponto, também Andréa Cherem Fabrício de Mello, “O pré-questionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial”, *Revista de Processo* nº 132 (fevereiro de 2006), pp. 7 e ss.; Bruno Mattos e Silva, *Pré-questionamento*,

- recurso especial e recurso extraordinário, p. 1 (Rio, 2002), e Maria Cláudia Junqueira, Equívocos jurisprudenciais – limites do acesso aos tribunais superiores, p. 113.
37. Antecipo, contudo, e adiante espero demonstrar, que não podem existir embargos meramente “prequestionadores”, diversos daqueles fundados no artigo 535 do CPC.
38. Cf. Fabrício, Ação declaratória incidental, p. 76, nº 45 (3ª ed., Rio, 1996).
39. Não me logrei convencer, quanto ao tema da omissão, da tese segundo a qual a sentença *stricto sensu* (em regra, não impugnável por recurso excepcional) e o acórdão (por hipótese, sujeito a recurso dessa natureza) exijam níveis diferentes de fundamentação: “suficiente”, na primeira, e “completa” neste último (Teresa Arruda Alvim Wambier, Omissão judicial e embargos de declaração, passim, especialmente pp. 101 e ss., São Paulo, 2005).
40. Moniz de Aragão, “Pré-questionamento”, Revista Forense, nº 328, pp. 47-8 (artigo iniciado à p. 37). Vale a transcrição: “Os textos constitucionais, também as matrizes estrangeiras, empregam os verbos questionar e contestar, não o substantivo pré-questionamento, vocábulo este que sugere estar o cabimento do recurso limitado à impugnação dos temas pré-questionados. Com isso as matérias tão-só questionadas, isto é, surgidas no próprio julgamento, ficariam de fora, visto não terem sido pré-questionadas.”
41. Tomado o termo “pré-questionamento” no seu mais rigoroso sentido, chega-se a uma restrição de todo inconstitucional ao emprego dos recursos extremos, como chegou a ocorrer em tempos mais antigos no Supremo Tribunal Federal: “É requisito do recurso extraordinário que se tenha questionado previamente a aplicação do texto de lei federal que se alega ter sido infringido. Se se trata de questão externa ao acórdão, superveniente, e que só se manifestou na segunda instância, será então caso de ação rescisória.” (RE 58.405, lembrado por Moniz de Aragão no artigo ultimamente citado.)
42. Segundo o mesmo estudo de Moniz de Aragão, a expressão foi cunhada por Epitácio Pessoa, no ensaio “Do recurso extraordinário”, publicado na Revista de Direito, V/437-486, 1907.
43. José Miguel Garcia Medina, *O pré-questionamento nos recursos extraordinário e especial*, pp. 127-8 (2ª ed., S. Paulo, 1999).
44. REsp. 744.584/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 8-11-2005, DJ 28-11-2005 p. 228, com ampla fundamentação e indicação de precedentes já na ementa. Em sentido semelhante, Edcl. no MS 10010/DF, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Terceira Seção, Julg. 22-3-2006, DJ 3-4-2006, p. 214. No Supremo, não é diversa a orientação dominante: AGRAG 265938/RJ, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, julg. 22-8-2000, DJ 15-9-2000; AGRAG 273199/PE, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence).
45. É visível a dificuldade de Roberto Rosas, *Direito sumular*, p. 346 (11ª ed., São Paulo, 2002) ao procurar explicar o exato significado desse enunciado.
46. Cf. as vigorosas ponderações de Ada Pellegrini Grinover nesse sentido, no artigo “Litisconsórcio necessário e nulidade do processo (matéria que independe de pré-questionamento)”, na Revista dos Tribunais nº 804, p. 108. Também com sólida argumentação, Andréa Cherem Fabrício de Melo, Rev. Proc. nº 132, pp. 26-7 (artigo iniciado à p. 7) e Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, p. 289, com vasta abonação doutrinária (9ª ed., São Paulo, 2006). Moniz de Aragão sustenta a necessidade de previamente embargar em tais casos (“Pré-questionamento” cit., p. 44), mas não explica aonde iria o embargante buscar amparo legal para esse seu recurso.
47. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. II, p. 263. nº 34). *Mutatis mutandis*, o mesmo raciocínio se presta aos casos de recurso especial.
48. Ao tempo em que exercia jurisdição, opus-me tenazmente a semelhante excrescência, que batizei de pós-questionamento. Hoje, essa palavra pode ser encontrada com certa frequência nos julgados. É oportuno lembrar, porém, que o STJ exige, por vezes, essa nova categoria de embargos, sob pena de não-conhecimento do especial: veja-se a decisão da Corte Especial no REsp. 8.285/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. 3-6-98, DJ 9-11-98. Procede, pois, a cautelosa recomendação de Bruno Mattos e Silva, Pré-questionamento, recurso especial e recurso extraordinário, p. 20, no sentido de manejar o interessado, previamente e por precaução, os aclaratórios.
49. Aliter, no julgamento *citra petita*, onde a presença da omissão abriria espaço aos embargos.
50. Foi o que fez, aliás, o vetusto acórdão do STF citado à nota 41 (RE 58.405, 1ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 16-4-68, DJ 7-6-68), apontando a ação rescisória como saída única possível...
51. Se o juízo exorbitou, decidindo matéria que não integrava o *thema iudicandum*, não incorreu em qualquer das pechas ensejadoras dos aclaratórios. Mas terá, por certo, afrontado disposições normativas, constitucionais ou não, e essa afronta por si só legitima o recurso excepcional.
52. Assim, Mattos e Silva, *Pré-questionamento...* cit., p. 10.
53. Moniz de Aragão, *Pré-questionamento* cit., p. 43.
54. Id., ib. Mais adiante, o jurista esclarece que reconhecera caso de pré-questionamento implícito quando a parte funda o recurso em matéria que não fora suscitada, mas sobre a qual o tribunal tinha o dever de manifestar-se, independentemente de iniciativa de parte (p. 44).
55. Edcl. no REsp. 765.975/PR, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 11-4-2006, DJ 23-5-2006 p. 145. É torrencial a jurisprudência do STJ nesse sentido, sobretudo a partir de julgamento de sua Corte Especial: AgRg nos REsp. 508.484/PR, Rel. Min. José Delgado, julg. 29-6-2005, DJ 5-9-2005, p. 195. Antes, em idêntico sentido: REsp. 111.707/PR, Rel. Min. Pádua Ribeiro, julg. 16-3-2005, DJ 2-5-2005, p. 141; REsp. 129.856/DF, Rel. Min. Edson Vidigal, julg. 25-3-2004, RSTJ vol. 178, p. 27; REsp. 63.410/SP, Rel. Min. Vicente Leal, julg. 29-6-2001, DJ 22-10-2001, p. 260.
56. RE 372.698 AgR/AM, Rel. Min. Eros Grau, 1ª T., j. 21-2-2006, DJ 24-3-2006. Em igual sentido: AI 580503 AgR/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., j. 28-3-2006, DJ 28-3-2006, p. 42; 31; AI 508418 AgR/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 27-9-2005, DJ 14-10-2005, 10; AI 427632 AgR/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., j. 14-12-2004, DJ 22-4-2005, 19; AI 448860 AgR/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, Julg. 26-8-2003, DJ 17-10-2003, p. 32 – entre muitos outros.
57. Cf. Antônio Carlos da Silva, *Embargos de declaração no processo civil*, p. 188 (Rio, 2000); Manoel Caetano Ferreira Filho, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 7, p. 300 (São Paulo, 2001).
58. A rigor, caberiam na espécie novos embargos de declaração, de cujo emprego as partes se abstêm, em regra, por cientes previamente de sua inófia e do perigo da aplicação abusiva de multa.
59. É o que pondera Roberto Rosas, *Direito Sumular*, p. 386, ao comentar a súmula 211 do STJ, que consagra a tese com este enunciado: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.
60. “Não enseja interposição de recurso especial matéria que não tenha sido ventilada no julgado atacado (artigo 1.268, CC/16) e sobre a qual, embora tenham sido opostos os embargos declaratórios competentes, o órgão julgador não se pronunciou e a parte interessada não alegou, no apelo especial, ofensa ao artigo 535, do Código de Processo Civil, havendo desta forma, falta de pré-questionamento (Súmula 211, do STJ).” (AgRg no Ag 732151/DF, 4ª T., Rel. Min. Jorge Scartez-

- zini, j. 18-5-2006, DJ 29-5-2006, p. 258). No mesmo sentido, AGA 733923/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 16-5-2006, DJ 29-5-2006, p. 179; REsp. 780.648/SC, 1ª T., Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16-5-2006, DJ 25-5-2006, p. 175; REsp. 825.157/RS, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. 9-5-2006, DJ 19-5-2006, p. 207.
61. Roberto Rosas, obra cit., p. 152. Há uma ementa particularmente ilustrativa desse modo de pensar: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Pré-questionamento. Súmula 356. O que, a teor da Súmula 356, se reputa carente de pré-questionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos estes, se, não obstante, se recusa o tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela." (RE 334.279/PA, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20-8-2004, p. 50).
 62. *Pré-questionamento* cit. pp. 46-7.
 63. Paulo Henrique dos Santos Lucon, "Recurso especial: ordem pública e pré-questionamento", no vol. Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, p. 737 (iniciado à p. 728).
 64. Moniz de Aragão, obra e loc. cit.
 65. E, o que é pior: vez por outra, dizendo-se não conhecer dos embargos, na verdade se lhes nega provimento, ou vice-versa.
 66. Cf. Barbosa Moreira, *Comentários ao CPC*, vol. cit., p. 260 (nº 144).
 67. Essa aproximação é feita muito apropriadamente por Nelson Luiz Pinto, *Manual dos recursos cíveis*, pp. 48-9 (3ª ed., 2ª tir., São Paulo, 2003). No mesmo sentido, Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, vol. 1, p. 394 (7ª ed., Rio, 2005). Ainda no tema, cumpre ter presente, como lembra esse ilustre jurista, que o mérito do recurso não se confunde necessariamente com o da demanda ou da causa.
 68. Cf. Barbosa Moreira, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 23; Fabrício, *A ação declaratória incidental*, pp. 45 e ss., sempre com remissão a uma clássica lição de Francesco Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*, p. 54 (Milano, reimpressão, 1963).
 69. Cf. Pontes de Miranda, *Coment. e tomo cit.*, p. 338.
 70. Disseminou-se nos tribunais, a modo aparentemente irreversível, um solecismo crasso. A expressão "recurso não conhecido" dá a idéia de que não se conheceu o recurso, mas o correto é dizer-se que dele não se conheceu. Nessa acepção, o verbo é transitivo indireto. Talvez ainda seja tempo de tentar reparar mais essa agressão à última e maltratada flor do Lácio...
 71. Por ora, baste lembrar que essa é a firme opinião de Barbosa Moreira, *Coment. ao CPC e vol. cit.*, p. 560.
 72. Rezava o texto original: "Os embargos declaratórios, quando rejeitados, não interromperão os prazos para outros recursos", de sorte que a interrupção, limitada ao caso de provimento dos embargos, achava-se disposta *contrario sensu*. Alteração posterior, pela Lei 8.570/46, mais explicitamente e menos rigorosamente, dispôs que "os embargos declaratórios suspendem os prazos para outros recursos, salvo se manifestamente protelatórios e assim declarados na decisão que os rejeitar".
 73. Assim, Sergio Bermudes, na atualização dos *Coment. ao CPC*, de Pontes de Miranda, tomo cit., p. 343, excluindo a sanção "quando outros sejam os embargos".
 74. V. g., Aderbal Amorim, *Recursos...* cit., p. 174.
 75. Cf. Barbosa Moreira, *Coment. e vol. cit.*, p. 561.
 76. Nesse sentido, Clito fornaciari Jr., *A reforma processual civil*, p. 128 (São Paulo, 1996). Há julgado recente nesse mesmo sentido do STJ, 3ª Turma, AgRg nos Edcl. no AgRg no Ag 631528/ES, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, j. 10-11-2005, DJ 1-2-2006, p. 533: "Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, mesmo se não forem conhecidos. Agravo regimental não provido." Igualmente, a Corte Especial do mesmo Tribunal, REsp. 302.177/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 19-5-2004, RSTJ vol. 183, p. 21; a 4ª T., REsp. 818.623/RS, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 4-5-2006, DJ 29-5-2006, p. 266.
 77. É o que sustenta Manoel Caetano Ferreira Filho, *Comentários ao CPC*, vol. 7, pp. 326 e ss. (São Paulo, 2001). Também assim Aderbal Amorim, *Recursos...*, cit. p. 188. Vez por outra, assim tem entendido o STJ, como neste espécime: "Os embargos de declaração tempestivamente apresentados interrompem o prazo para a interposição de outros recursos (REsp. 302.177/SP, CE, Min. Peçanha Martins, DJ de 27-9-2004)". REsp. 744.835/MG, 1ª T., Rel. Min. Teori Zavascki, j. 7-3-2006, DJ 20-3-2006, p. 206. No mesmo sentido, e mais claramente, REsp. 225.136/AM, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 19-6-2000, p. 143, e REsp. 230.750/RJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, RT 777, p. 239.
 78. Ainda Barbosa Moreira, *Coment. e vol. cit.*, p. 560, nota 40.
 79. STJ, REsp. 187525/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª T., j. 16-12-99, DJ 3-4-2000, p. 146.
 80. Corretíssimo, em sentido diametralmente contrário, este julgado: "É admissível a oposição de segundos embargos de declaração, desde que não tenham o mesmo conteúdo dos primeiros. A mera reprodução de segundos embargos de declaração não pode impedir o trânsito em julgado da sentença, pois ocorre a preclusão das questões que a parte pretende reapreciar." (TJMT, Agr. Instr. 7.777, 2ª Câm. Cív., Rel. Des. Odiles Freitas Souza, j. 16-9-97, Rev. For. nº 344, p. 389).
 81. Veja-se um dentre numerosos casos: "UTILIZAÇÃO ABUSIVA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. POSSIBILIDADE DE IMEDIATA EXECUÇÃO DA DECISÃO EMANADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DAQUELAS PROFERIDAS PELAS INSTÂNCIAS DE JURISDIÇÃO INFERIOR. – A utilização procrastinatória das espécies recursais – por constituir fim ilícito que desqualifica o comportamento processual da parte recorrente – autoriza o imediato cumprimento, não só das decisões proferidas pelas instâncias de jurisdição inferior, mas daquelas emanadas do Supremo Tribunal Federal, independentemente da publicação do acórdão consubstanciador do julgamento, por esta Suprema Corte, dos embargos de declaração rejeitados em virtude de seu caráter protelatório. Precedentes." (AI 386820, AgR-ED-EDv-AgR-ED/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24-6-2004, DJ 4-2-2005, p. 7).
 82. O exemplo é de Barbosa Moreira, *Coment. e vol. cit.*, p. 555 (nº 305).
 83. Daí o espanto que causa o acórdão citado à nota 79. É impensável que manobra tão grosseira possa ter o condão de impedir curso de prazo. Cf., na doutrina, além dos já citados, Sonia Marcia Hase de Almeida Baptista, *Dos embargos de declaração*, pp. 183-4.
 84. Nesse sentido, Barbosa Moreira, *Coment. e vol. cit.*, p. 556. Na jurisprudência, STJ, Edcl. nos Edcl. no AgRg nos Edcl. no AgRg no REsp. 298.017/MG, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, j. 4-4-2006, DJ 2-5-2006, p. 249. Aparentemente contra, Pontes de Miranda, *Coment. ao CPC*, tomo cit., p. 341, admitindo novos embargos "sobre obscuridade, ambigüidade, equivocidade, omissão ou contradição de outra parte da mesma decisão."
 85. STJ, Edcl. nos Edcl. no REsp. 695.975, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 9-5-2006, DJ 5-6-2006, p. 249: "Se a questão ora trazida a juízo não foi objeto dos primeiros embargos declaratórios opostos, não se ressente a decisão atacada do vício apontado pela embargante. Não há que se falar em omissão do julgado se a embargante não apresenta o questionamento no momento oportuno, porque, no Direito pátrio, impõe-se às

- partes o dever de levar a juízo o conhecimento das matérias a respeito das quais se espera pronunciamento.”
86. Ainda Barbosa Moreira, *Coment. ao CPC*, vol cit., p. 548 (9ª ed., 2001).
 87. Sobre isso, q. v. minha contribuição, como informe nacional, ao tema *Relaciones entre las Partes, los Jueces y los Abogados* para o XII Congresso Mundial de Direito Processual realizado na Cidade do México, no volume de igual título coordenado pela Relatora Geral Maria Macarita Elizondo Gasperín, p. 259 (iniciado à p. 251), México, 2003.
 88. Outras não houvesse, essa seria boa razão para que se avalie sempre *cum granum salis* a repetida assertiva de não serem os embargos de declaração aptos à produção de modificação do julgado – tema já tratado a seu tempo.
 89. Disse-o eu, por exemplo, na conferência intitulada “O Juiz do Século XXI”, publicada no volume Poder Judiciário – Flagrantes Institucionais, p. 126 (iniciada à p. 121), Porto Alegre, 1997.
 90. Carlos Alberto Menezes Direito, “A decisão judicial”, no vol. *Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*, coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 115 (iniciado à p. 99), São Paulo, 2001. Menos ainda precisa exibir arrogância e auto-suficiência, acrescento eu, depois de haver já ultrapassado o meu próprio e hipotético planalto.
 91. Tem sido repetido à exaustão, a esse propósito, o excelente enunciado dessa idéia contido em voto proferido no Supremo Tribunal, que nunca é demais reproduzir: “Os embargos declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal. (STF – 2ª Turma, AI 16.3047-5 PR – AgRg – EDcl, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 8-3-96, p. 6.223.
 92. Citada por Athos Gusmão Carneiro, *Os embargos...* cit., p. 479. Aqui, uma originalidade: foi negado seguimento ao recurso.
 93. “Reclamar contra essa demora seria, na frase de Chioyenda, como a queixa do pássaro contra a resistência do ar a seu vôo, esquecendo-se que é justamente essa resistência que lhe permite manter-se no espaço.” (Lopes da Costa, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 45, 3ª ed., Rio, 1982).
 94. Já se viu sessão de julgamento de Câmara com mais de 520 processos em pauta. Sem falar do tempo dedicado na sessão a cada feito (cerca de meio minuto, em média), cada um dos julgadores terá preparado, como relator somente, mais de 170 processos na semana – 34 por dia útil. E a revisão, os despachos, as decisões monocráticas, o atendimento... Em circunstâncias tais, não há falar de julgamento, menos ainda de julgamento colegiado. E o quadro não muda muito na instância original, nem nos tribunais superiores, como é notório.
 95. “Nos termos dos precedentes desta Corte, tem-se por verificado o pressuposto do pré-questionamento quando o acórdão alvejado pelo recurso extraordinário haja apreciado o *thema juris*, neste suscitado, independentemente de ter sido mencionada a norma jurídica que rege a espécie.” (AR 1.300, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 18-2-93, DJ 23-4-93, p. 6.91). Moniz de Aragão, *Pré-questionamento* cit., p. 41, desenvolve amplo comentário e transcreve em parte o fortíssimo voto condutor.
 96. *Retro*, nota 53. Trata-se, aliás, de uma “velha novidade”. José Afonso da Silva, *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro* (São Paulo, 1963), lembra vetusto e luminoso voto do grande Orozimbo Nonato, segundo o qual “a vulneração pode, até, ser virtual ou implícita, mostrando-se velada pelo silêncio do julgamento ou aninhando-se oculta nas dobras e refegos da sentença”.
 97. A mais de incabíveis, os embargos seriam “pós-questionadores” (*retro*, nota 48).
 98. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.”
 99. *Retro*, nota 61.
 100. Ainda uma vez chamamos à colação as vigorosas objeções de Galeno Lacerda – e das numerosas e autorizadas vozes a que se apóia –, também publicadas, sob o título “Críticas ao pré-questionamento”, na Revista dos Tribunais, vol. 758, pp. 68 e ss.
 101. “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de pré-questionamento não têm caráter protelatório.”
 102. Afirmou-me um ilustre Ministro do STJ sua convicção de que, quando a parte interpõe pela segunda vez embargos declaratórios, em geral tem razão.
 103. Por óbvio, essa solução importaria drástica revisão da jurisprudência predominante, que não a aplica sequer no caso dos embargos intempestivamente opostos.

STF – DISTRIBUIÇÃO DE PROCESSOS

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu, em 12-5, o novo horário para distribuição automática de processos aos ministros, que passa a ser realizada de segunda a sexta-feira, às 18h. As distribuições aconteciam às 20h e às 21h, horário em que alguns gabinetes já haviam encerrado o expediente.

Os processos que chegarem depois de 18h serão distribuídos no primeiro dia útil seguinte. A antecipação tem o objetivo de facilitar o encaminhamento dos processos aos gabinetes dos relatores no mesmo dia da sua distribuição.

São dirigidos aos relatores, em média, um total de 400 processos diariamente. A mudança de horário deverá beneficiar principalmente as ações ajuizadas com pedido de liminar, pois, com a distribuição antecipada, poderão ser analisadas ainda no mesmo dia.